Das

Recht auf Ergänzung des Pflichtteils

nach Bürgerlichem Gesetzbuch

verglichen mit der gemeinrechtlichen querela inofficiosae donationis.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

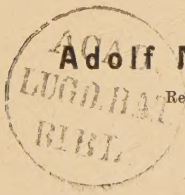
hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Adolf Nast-Kolb

Referendar.



Rostock

Carl Hinstorff's Buchdruckerei

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0021

Litteraturangabe.

Arndts, in Weiskes Rechtslexikon 1854 Bd. 8.

Bähr, Gegenentwurf eines BGB. 1892.

Bähr, im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 3.

Baron, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 75.

Binding, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 58.

Bingner, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Bd. 1 und Bd. 6.

Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen 1829.

Böhm, das Erbrecht des BGB. 1900.

Borcherdt, das Erbrecht und die Nachlassbehandlung 1901.

Breidenbach, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 27 und Bd. 28.

Brettner, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1886 Bd. 3.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 Abteilung 3. 1900.

Dernburg, Pandekten Bd. 3 1897.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts 1899.

Francke, das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten 1831.

Frommhold, das Erbrecht des BGB. 1900.
Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs 1889.
Glück, Kommentar zu den Pandekten Bd. 7 1804.
Hellmann, in kritische Vierteljahrsschrift Bd. 39.
Jeske, Inauguraldissertation: Das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils 1900.
Kritz, exegetisch-praktische Abhandlungen über ausgewählte Materien 1824.
Kuhlenbeck, das bürgerliche Gesetzbuch Bd. 2 1900.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1901.
Küntzel, in Gruchots Beiträgen Bd. 41.
Makeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts 1838.
Markusen, Über die Rescission pflichtwidriger Schenkungen 1880.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 1899.
Mayer und Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts 1900.
Mayer, die Lehre von dem Erbrecht 1840.
Mommsen, Entwurf eines Erbrechtsgesetzes 1876.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.
Mühlenbruch, in Glücks Kommentar Bd. 36 1833.
Neustetel und Zimmern, römischrechtliche Untersuchungen 1821.
Petersen, die Berufung zur Erbschaft nach dem Entwurf eines BGB. 1889.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 1889.
Puchta, Lehrbuch der Pandekten 1838.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen Bd. 4, Bd. 5, Bd. 11, Bd. 29.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 4 1841.

Schiffner, Pflichtteil und Erbenausgleichung nach dem BGB. 1897.

Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts 1834.

Schweppe, das Römische Privatrecht Bd. 5 1833.

Schröder, das Noterbenrecht 1877.

Schulzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht 1883.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht Bd. 3 1852.

Sintenis, das praktische Gemeine Zivilrecht Bd. 3 1869.

Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 5 1885.

Strohal, das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 1901.

Strohal, das deutsche Erbrecht nach dem BGB. 1896.

Thibaut, System des Pandektenrechts 1834.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. 2 1867.

Verhandlungen des XX. Jusistentags Bd. 1 1889.

Verhandlungen des XXI. Juristentags Bd. 3 1892.

Vering, Römisches Erbrecht 1861.

Wächter, Pandekten Teil 2 1881.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten 1888.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Zivilrechts Bd. 2 1828.

Wilke, in Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 11 1889.

Wilke, das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 5 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 3 1901.

Disposition.

§ 1. Einleitung.

§ 2. Geschichte der Querel und des Ergänzungsanspruchs.

§ 3. I. Wesen des Ergänzungsanspruchs.
II. Wesen der Querel.

§ 4. I. Voraussetzungen des Ergänzungsanspruchs:
1. Begriff der Schenknng im Sinne des § 2325.
2. Vornahme der Schenkung innerhalb 10 Jahre vor dem Erbfall.
3. Keine Voraussetzungen sind:
a) Übermässigkeit.
b) Absicht der Pflichtteilsverletzung.

II. Voraussetzungen der Querel:
1. Begriff des Pflichtteils für die Querel.
2. Begriff der donatio.
3. Inoffiziosität.
4. Keine Voraussetzung ist frandulose Absicht.

§ 5. Die zur Erhebung des Ergänzungsanspruchs und der Querel berechtigten Personen.

§ 6. Inhalt des Ergänzungsanspruchs.

§ 7. Inhalt der Querel.

§ 8. Die Personen, gegen welche die Querel und der Anspruch gerichtet wird, namentlich der Anspruch gegen den Beschenkten.

§ 9. Berechnung eines Geschenkes an den Pflichtteilsberechtigten selbst.

§ 10. I. Die Gründe, aus welchen der Anspruch entfällt;

II. Die Endigungsgründe der Querel.

§ 1. Einleitung.

Grundsätzlich hat jeder Erblasser völlige Testierfreiheit. Demgegenüber steht das sittliche Gebot, dass der Erblasser für seine nächsten Verwandten sorgen muss und nicht all sein Vermögen durch letztwillige Verfügungen an ihm fernstehende Personen überträgt. Aus diesem Grunde haben, wie fast alle Rechte, so auch das Gemeine Recht und das BGB. ein besonderes Pflichtteilsrecht ausgebildet, auf Grund dessen der Erblasser über einen gewissen Teil seines Vermögens zu Gunsten seiner Angehörigen nicht frei verfügen darf. Illusorisch würde aber dieser den Angehörigen zugebilligte Schutz werden, wenn die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers nur auf letztwillige Bestimmungen bezogen würde, und es dem Erblasser freistünde bei Lebzeiten sein Vermögen schrankenlos zu vergeuden. Besonders gefährlich für die Erben sind die unentgeltlichen Verfügungen des Erblassers, in viel geringerem Masse die entgeltlichen, da bei ihnen regelmässig die Gegenleistung sich in dem Nachlass vorfinden wird.

Daher gewährt das Gemeine Recht den Pflichtteilsberechtigten neben der querela inofficiosi testamenti und der actio ad supplendam legitimam, mit denen sie letztwillige Verfügungen angreifen können, durch die sie in

ihrem Pflichtteil geschmälert sind, die querela inofficiosae donationis. Mit Hülfe dieser Querel kann der Noterbe, falls sein Pflichtteilsanspruch durch übermässige Schenkungen unter Lebenden verletzt ist, gegen den Beschenkten vorgehen und von ihm von der Schenkung soviel zurückfordern, als es die Grösse seines Pflichtteils verlangt.

In ähnlicher Weise gewährt das BGB. dem durch Schenkungen unter Lebenden in seinem Pflichtteil verletzten Noterben eine Hülfe, indem es ihm den „Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils" einräumt; mit der Durchführung dieses Gedankens weicht aber das BGB. ganz wesentlich vom Gemeinen Recht ab, indem es den Ergänzungsanspruch als Erweiterung des normalen Pflichtteilsanspruchs ausbildet und ihn infolgedessen grundsätzlich gegen den Erben gerichtet sein lässt.

§ 2. Geschichte der Querel und des Ergänzungsanspruchs.

Bei den Römern hat sich der Gedanke, dass die Noterben auch gegen Schenkungen unter Lebenden gesichert werden müssten, erst nach der Zeit der Klassiker durchgerungen. Auf einen ähnlichen Gedanken stossen wir jedoch schon in früherer Zeit im sog. patronatischen Noterbenrecht, bei welchem dem Patron ein Pflichtteilsrecht gegen den Freigelassenen zusteht; hier; kann der Patron jede vom Freigelassenen absichtlich zum Nachteil seines Pflichtteilsanspruchs vorgenommene Veräusserung rescindieren mit Hilfe der actio Faviana und der actio Calvisiana; die letztere

steht ihm offen, wenn der Freigelassene ab intestato beerbt wird, die actio Faviana setzt dagegen ein Testament voraus. Eine Ausdehnung über das patronatische Noterbenrecht hinaus haben diese Klagen erfahren, indem sie als actiones utiles dem impubes adrogatus zugestanden wurden für den Fall, dass der adrogierende Vater durch Veräusserung unter Lebenden sein Vermögen in der Absicht vermindert hatte, dem adrogatus die ihm zustehende Quarta Pii Divi zu entziehen.[1]

Einer weiteren analogen Ausdehnung stand das Römische Recht aber ablehnend gegenüber; sogar auf das patronatische Pflichtteilsrecht, welches dem emancipierenden Vater gewährt wurde, sollten diese Klagen nicht angewandt werden.[2]

So gab es nach Römischem Recht, wie es seine Klassiker ausbildeten, für Blutsverwandte noch keine Klage, durch welche dieselben hätten Schenkungen anfechten können, wenn durch dieselben der Erblasser bei Lebzeiten sein Vermögen vergeudet hatte. Erst Paulus führt folgendes Reskript des Kaisers Alexander Severus (a. 222—235 p. Chr. n.) an: l. 87 § 8 Dig. de leg II Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano praefecto urbi: Si liquet tibi aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus

---

[1] cfr. l. 11 Dig. 38,5: si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Fabianam actionem revocandum est.

[2] cfr. l. 2 Dig. 37,12 Gajus: non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberum rerum suarum alienationem.

in nepotem factis exianisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari. — Es ist dies die einzige Stelle der Digesten, in welcher unsere Querel erwähnt wird. Weiter ausgebaut wurde die Querel durch einzelne kaiserliche Reskripte, die sämtlich im Kodextitel 3,29 enthalten sind; und zwar sind diese Reskripte von folgenden Kaisern erlassen: von Philippus Arabs (a. 245 p. Chr. n.), Valerian und Gallienus (a. 256 und 257), Diokletian und Maximinian (a. 286 und 294).

Ausserdem findet sich die Querel behandelt in Novelle 92 de immensis donationibus in filios. Aus der Überschrift des Kodextitels 3,29 hat unsere Querel ihren üblichen Namen querela inofficiosae donationis erhalten; eine andere Bezeichnung für sie finden wir in l. 9 Cod. 3,29, wo sie querela immodicarum donationum bezeichnet wird. In der Form, welche die Querel im Corpus iuris erhalten hat, ist sie in das Gemeine Recht übergegangen.

Ihr Grundgedanke ist folgender: Schutz wird nur gewährt gegen solche Schenkungen, welche nach dem Vermögensbestand zur Zeit der Schenkung übermässig sind, d. h. Schenkungen, durch welche im Augenblick ihrer Vornahme das Vermögen des Erblassers derart verringert wird, dass es zur Deckung des den vorhandenen Noterben zustehenden Pflichtteilsanspruchs nicht ausreichen würde, falls der Erblasser im Augenblick der Vornahme der Schenkung sterben würde. M. a. W. Im Gemeinen Recht erscheint der Schenkungsaugenblick als der entscheidende Termin für die Frage, ob eine Schenkung übermässig und daher der Querel

unterworfen ist oder nicht. Diesem Prinzip des Gemeinen Rechts haben sich die meisten deutschen Partikularrechte angeschlossen, wenn auch mit grösseren oder kleineren Abweichungen; so vor allem das Preussische Allgemeine Landrecht, das aber eine vom Gemeinem Recht abweichende Berechnungsart hat.[1]

Die Querel des Gemeinen Rechts hat eine Doppelnatur; einmal gehört sie dem Erbrecht an: sie entsteht erst mit dem Erbfall und steht dem Noterben zu; andrerseits ist sie keine rein erbrechtliche Klage: sie geht nicht gegen den Nachlass, sondern der Beklagte ist ein an der Erbfolge unbeteiligter Dritte. „Im wesentlichen hat sie die Natur der Anfechtung eines einzelnen Rechtsgeschäftes." (So Endemann in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 53). Diese Doppelnatur der Querel gab bei den Vorarbeiten für das bürgerliche Gesetzbuch den Anstoss im neuen Recht die Pflichtteilberechtigten zu schützen durch eine vom Gemeinen Recht völlig abweichende Regelung des in Frage stehenden Anspruchs. Dazu kam noch, dass durch die Querel ein hinreichender Schutz der Noterben nicht gegeben ist; dies zeigt sich vor allem in dem Fall, in welchem die Schenkung an und für sich nicht inoffiziös ist, der Erblasser von dem Nachlass selbst dem Noterben nur den Pflichtteil belässt, den Rest aber durch letztwillige Verfügungen

[1] cfr. Allg. LR. I 11 § 1113: Dagegen können notwendige Erben, denen nach dem Gesetz ein Pflichtteil gebührt, eine jede von dem Erblasser innerhalb 3 Jahre vor seinem Tode gemachte Schenkung widerrufen, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages der geschenkten Summe oder Sache ausmacht.

Dritten zuwendet. Hier ist die querela inofficiosae donationis ausgeschlossen, da die Schenkung im Augenblick ihrer Vornahme eine Pflichtwidrigkeit nicht enthält; und ebenfalls ausgeschlossen ist die Erhebung der querela inofficiosi testamenti, da der Noterbe von dem zur Zeit des Todes vorhandenen Nachlass seinen Pflichtteil erhält. Diese Lücke sucht das Reichsgericht durch Einführung der actio suppletoria auszufüllen; in einer Entscheidung Bd. IV S. 119 ff. führt es folgendes aus: „ . . . Nun ist freilich der Pflichtteil, wenn er aus dem Betrag des wirklichen Nachlasses berechnet wird, nicht verletzt, wohl aber ist er dies, wenn für die Ausmessung seiner Grösse die verschenkte Summe dem wirklichen Nachlass hinzuzurechnen ist. Die Bestimmungen über Anfechtbarkeit inoffiziöser Schenkungen beruhen auf dem Grundsatz, dass der Pflichtteilsberechtigte überhaupt nicht beeinträchtigt werden dürfe. Wenn dieser Grundsatz in den Quellen auch nur angewandt ist auf solche Fälle, in welchen die Schenkung selbst eine Verletzung des Pflichtteils in sich schliesst, so folgt doch aus demselben mit Notwendigkeit, dass auch eine erlaubte Schenkung nicht zu einer Beeinträchtigung des Pflichtteils führen darf; . . . . die actio suppletoria muss für begründet angesehen werden, wenn der Testator nach Vornahme einer Schenkung den Pflichtteilsberechtigten nicht soviel hinterlässt, als dieselben auf Grund der Einrechnung der Schenkung in den Nachlass zu beanspruchen haben.“ Diese vom Reichsgericht versuchte Einführung der actio suppletoria steht aber im Widerspruch mit den Quellen; in keiner Stelle des corpus iuris ist ein Anhalt

dafür gegeben, dass der Pflichtteil durch Addition des Nachlasses und der Schenkung berechnet wird. Gegen diese Ausführung wendet sich aus diesem Grund Endemann in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 57. Gegenüber dem Reichsgericht sei auch hervorgehoben, dass, wie noch an einer andern Stelle dieser Arbeit, bei der Frage inbetreffs des Inhalts der Querel, gezeigt werden wird, die Querel und die actio ad supplendam legitimam auf zu verschiedener Grundlage beruhen, als dass eine Vermengung beider Klagen zulässig wäre.

Aus dem Umstand, dass bei unserer Querel auf die Zeit der Vornahme der Schenkung gesehen wird, ergiebt sich eine weitere Schwierigkeit für die Beweislast. Wie die Motive V S. 452 und 453 ausführen, scheitern nicht selten in der Praxis die wegen pflichtwidriger Schenkungen erhobenen Ansprüche an der Beweisschwierigkeit, da es oft unmöglich ist nach längerer Zeit festzustellen, welchen Bestand das Vermögen zur Zeit der Schenkung hatte.

Aus diesen Erwägungen heraus lehnte der erste Entwurf des BGB., der den in Frage stehenden Anspruch in den §§ 2009—2018 behandelt, ab dem Prinzip des Gemeinen Rechts zu folgen. Eine vom Gemeinen Recht völlig abweichende Regelung hat der code civil in den Artikeln 913 ff und namentlich im Artikel 922 getroffen. Bei der Frage, ob eine Schenkung anfechtbar sei, geht der code civil vom Nachlass aus und lässt eine Anfechtung der Schenkung dann zu, wenn der aus dem Reinbetrag des Nachlasses

mit Zuschlag des Geschenkes berechnete Pflichtteil sich höher stellt als der Betrag des wirklichen Nachlasses; er sieht also — im Gegensatz zum gemeinen Recht — nicht darauf, ob die Schenkung im Augenblick ihrer Vornahme einen Pflichtteilsanspruch verletzt.[1]

An den Gedanken des französischen Rechts schliesst sich der Entwurf des BGB. an und hiernach auch das BGB. selbst in den §§ 2325—2332 (vgl. Motive V. S. 451). Das BGB. ist hiernach zu dem Grundsatz gelangt, dass der Pflichtteilsberechtigte Schenkungen gegen sich nicht gelten zu lassen braucht, wenn ihm nicht soviel hinterlassen ist, als der Pflichtteil betragen würden, wenn das Verschenkte sich zur Zeit des Erbfalls noch im Nachlass befände.

§ 3. I. Das Wesen des Ergänzungsanspruchs.

Die Regelung, welche der Ergänzungsanspruch im ersten Entwurf erfahren hat und die im Grossen und Ganzen mit der endgültigen Fassung des BGB. übereinstimmt, ist von der Kritik fast durchgehend gebilligt worden, z. B. von Gierke in seinem Entwurf S. 544, von Reatz und Endemann in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 46—91, von Petersen S. 100; gegen sie hat sich jedoch mit Entschiedenheit aus-

[1] cfr. Art. 922: La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. Ou y rémit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre vifs d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcute sur tous ces biens après en avoir déduit les dettes, quelle est en égard à la qualité des héritiers, qu'il laisse la quotité dont il a pu disposer.

gesprochen Wilke in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1011 ff., der den Anspruch behandelt wissen will analog der Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner im Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879.

In einer Beziehung stiess aber der Entwurf vielfach auf Widerspruch: in § 2010 hatte er im Interesse der Abkürzung den terminologischen Ausdruck „ausserordentlicher Pflichtteil" eingeführt; diese Bezeichnung wird u. A. verworfen von Schiffner S. 50 Anm. 20, Kuhlenbeck in seinem Kommentar zu § 2325, vor allem von Endemann in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 60 ff. und ebenso in seinem Lehrbuch Bd. 3 Seite 607. Hier führt Endemann aus, dass „abgesehen von dem speziellen Fall der Hereinziehung von Rechtsgeschäften unter Lebenden der ausserordentliche Pflichteil nichts ausserordentliches an sich hat." Er deckt sich vielmehr in allen wesentlichen Punkten mit dem einfachen Pflichtteilsanspruch: er steht denselben Personen zu, er wendet sich, gleich ihm, im Regelfall gegen den Nachlass, und auf ihn finden die Vorschriften über den regelmässigen Pflichtteil Anwendung. Dieser letzte Punkt war im ersten Entwurf § 2010 ausdrücklich hervorgehoben, ist aber vom BGB. als selbstverständlich fallen gelassen worden. Es giebt hiernach im BGB nur einen ordentlichen Pflichtteil und der Ergänzungsanspruch ist lediglich „ein Berechnungsmodus zur Verstärkung der Höhe des Pflichtteils" (so Endemann in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 60), Trotzdem das BGB. die beanstandete Bezeichnung nicht bei-

behalten hat, findet sie sich noch vereinzelt in der Litteratur z. B. bei Böhm und Strohal; Cosack spricht in seinem Lehrbuch S. 815 von einem Ergänzungspflichtteil. Abgesehen davon, dass sie, wie gezeigt, im Widerspruch steht mit dem Wesen des Ergänzungsanspruchs, ist sie zu verwerfen, da sie leicht zu Missverständnissen führen kann im Hinblick auf die ausserordentlichen Pflichtteilsrechte des gemeinen Rechts. Dieses kennt zwei Fälle von anomalem Pflichtteilsanspruch: erstlich den Anspruch des arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii, nach welcher der arrogatus den vierten Teil vom Vermögen des arrogator fordern kann, und zweitens das von Justinian der armen Wittwe eingeräumte Pflichtteilsrecht. Für diese beiden Fälle des gemeinen Rechts ist der Ausdruck „ausserordentliche Pflichtteile" durchaus gerechtfertigt, da sie von dem gewöhnlichen Pflichtteilsrecht vollständig losgelöst und eigenen Regeln unterworfen sind.

Es muss allerdings zugegeben werden, dass die im Anschluss an das BGB. in der Litteratur übliche Bezeichnung des Anspruchs als Ergänzungsanspruch auch nicht einwandsfrei ist, da sie auch passen würde auf den Anspruch des § 2301, welchen das gemeine Recht mit der actio ad supplendam legitimam geltend macht; aus diesem Grunde spricht Kuhlenbeck[1] von einem erweiterten oder rechnerischen Ergänzungsanspruch. Nachdem aber fast die gesamte Litteratur diese Benennung des Anspruchs aufgenommen hat,

[1] Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Recht Bd. III S. 381.

wird man wohl ruhig an ihr festhalten können, ohne befürchten zu müssen dadurch Anlass zu einer Verwechslung zu geben.

Der Ergänzungsanspruch hat, gleich dem regelmässigen Pflichteilsanspruch, die Natur eines kraft Gesetzes aus dem Erbfall abgeleiteten Forderungsrechtes auf eine Geldsumme; er ruht als Verbindlichkeit auf dem Nachlass und rangiert im Nachlasskonkurs hinter den Schulden des Erblassers, aber vor den Vermächtnissen und Auflagen (vgl. Konkursordnung § 226). Nach § 2317 des BGB. ist er übertragbar, und gemäss § 398 ff. erfolgt seine Abtretung durch blossen Vertrag. Nach dem Grundsatz, dass übertragbare Forderungen auch pfändbar sind, müsste er auch der Pfändung unterliegen; die Zivilprozessordnung § 852 giebt aber folgende Einschränkung: der Pflichtteilsanspruch, und damit auch der Ergänzungsanspruch, ist der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Diese Bestimmung der Prozessordnung beruht, wie die Motive V S. 418 darlegen, auf der Erwägung, dass bei schrankenloser Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs er dann gegen den Willen des Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht werden könnte, dass es aber der Pietät des Berechtigten überlassen sein soll, ob er auf sein Recht verzichten oder es geltend machen will. Soweit der Ergänzungsanspruch der Pfändung nicht unterliegt, gehört er auch nicht zur Konkursmasse (vgl. Konkursordnung § 1). Durch diese Bestimmung der Civilprozessordnung erleidet auch die Übertragbarkeit des Pflichtteils- und Ergänzungsanspruchs eine Einschränkung:

§ 400 des BGB. bestimmt, dass eine Forderung nicht abgetreten werden darf, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist; hieraus ergiebt sich, dass trotz des § 2317 der Anspruch nur übertragbar ist, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.[1]

Weiterhin ist der Ergänzungsanspruch nach § 2317 vererblich. Gegen die Zulassung der Vererblichkeit des Pflichtteilsanspruchs und damit auch des Ergänzungsanspruchs wendet sich Baron im Archiv für civilistische Praxis S. 208 ff.; als nachahmenswertes Muster stellt er das römische Recht hin, wo der Regel nach, wie unten zu zeigen sein wird, die querela inofficiosi testamenti und querela inofficiosae donationis den Erben des Pflichtteilsberechtigten nur freisteht, wenn der Berechtigte seinen Anspruch bereits gerichtlich oder aussergerichtlich geltend gemacht hatte. Wie sich aber aus den Motiven V S. 418 ergiebt, hat das BGB. im bewussten Gegensatz zur querela inofficiosi testamenti die Vererblichkeit aufgenommen. Für das Allgemeine Landrecht wurde vereinzelt die Meinung verteidigt, dass das Pflichtteilsrecht unvererblich sei; gegen diese Ansicht wendet sich Schultzenstein in seinen Beiträgen zur Lehre vom Pflichtteilsrecht S. 185: „Das Pflichtteilsrecht hat zwar seinen Grund in der Verwandtschaft. Dieses ist jedoch nur die Voraussetzung der Entstehung. Ist das Recht einmal mit dem Tode des Erblassers entstanden, so ist der Grund seiner Entstehung gleichgültig und kommt rechtlich nur sein Inhalt in Betracht. Nach seinem

[1] cfr. Strohal, Das deutsche Erbrecht S. 239 Anm. 22.

Inhalt aber, wie derselbe durch Zweck und Gegenstand bestimmt ist, gehört das Pflichtteilsrecht lediglich dem Vermögensrecht an.“ Wenn auch Schultzenstein zunächst nur das Allgemeine Landrecht im Auge hat, so hat seine Erörterung doch eine über das preussische Recht hinausgehende Geltung und kann auch dazu dienen die Vererblichkeit des Pflichtteils nach BGB. zu rechtfertigen.

Es frägt sich noch, nach welchem Recht Schenkungen angefochten werden, die vor dem 1. Januar 1900 vorgenommen sind. In dem Verhältnis zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten handelt es sich um ein erbrechtliches Verhältnis; für dieses bleiben die bisherigen Rechte massgebend nach Artikel 213 des Einführungsgesetzes zum BGB., wenn der Erblasser vor dem Inkraftreten des BGB. gestorben ist; ist dagegen der Erblasser nach diesem Termin gestorben, so werden die Vorschriften des BGB. auf dasselbe angewandt. Zweifel, welches Recht anzuwenden ist, können aber entstehen für den Fall, dass es sich um Rückerstattung seitens des Beschenkten handelt, die Schenkung vor dem 1. Januar 1900 vorgenommen, der Erblasser aber erst nach diesem Zeitpunkt gestorben ist. Meyer und Reis[1] halten hier die bisherigen Rechte für massgebend, da das Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten ein obligatorisches sei, für welches gemäss Artikel 170 des Einführungsgesetzes die bisherigen Rechte Geltung behielten, und da ausserdem der Pflichtteilsberechtigte zum Beschenkten

[1] Meyer und Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts S. 245.

in kein erbrechtlichesVerhältnis träte. Dieser Ansicht wird man aber wohl aus praktischen Gründen nicht zustimmen dürfen; es kann sich doch möglicherweise ein zu unbefriedigendes Resultat daraus ergeben, dass der Pflichtteilsberechtigte zunächst seinen Ergänzungsanspruch gegen den Erben nach den Sätzen des BGB. geltend macht, das aber das gemeine Recht in Anwendung kommen soll, wenn der Pflichtteilsberechtigte aus irgend einem Grund, z. B. beschränkter Haftung des Erben, auf den Beschenkten zurückgreifen muss. Vielmehr wird auch hier das BGB. angewandt werden müssen, da auch das Verhältnis zwischen Pflichtteilsberechtigten und Beschenkten als ein erbrechtliches im Sinne des Artikel 213 aufgefasst werden darf; denn der Pflichtteilsberechtigte klagt in seiner Eigenschaft als Pflichtteilsberechtigter und die Höhe des Anspruchs gegen den Beschenkten wird mit Hilfe des Nachlasses berechnet.

§ 3. II. Das Wesen der Querel.

Das Wesen der querela inofficiosae donationis ist äusserst bestritten. Namentlich hat sich ein Streit über die Frage erhoben, ob die Querel einen persönlichen oder ob sie einen dinglichen Charakter hat, ob sie daher nur gegen den Beschenkten und dessen Erben geht, oder auch gegen Dritte. Durchaus vorherrschend ist die Ansicht derjenigen, die die Querel als eine persönliche Klage ansehen (z. B. Dernburg S. 316 und Windscheid § 586)[1] Dagegen wird die dingliche

[1] ferner: Puchta § 484; Wächter S. 847; Francke S. 520; Sintenis § 200; Thibaut S 563; Vangerow § 482; Mayer § 108; Seuffert § 664.

Wirkung der Querel verteidigt von Brinz § 405 und von Glück,[1] der für sich auch die Meinung Böhmers geltend macht.

Da im Streit beider Meinungen das Wesen der querela inofficiosi testamenti eine grosse Rolle spielt. so muss zunächst kurz auf diese eingegangen werden. Auch über das Wesen dieser Querel stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen ist ihr Ziel nur die Umstossung des Testamentes; ist der beklagte Erbe im Besitz der Erbschaft, so muss zur Erlangung der Erbschaft mit der Querel die hereditatis petitio verbunden werden; die Querel ist hiernach nur ein präjudicielles Rechtsmittel.[2] Dieser Ansicht tritt die herrschende Lehre entgegen, der sich weitaus die grössere Zahl der Pandektisten angeschlossen hat;[3] nach ihr ist die querela inofficiosi testamenti nicht nur ein prae judicielles Rechtsmittel, sondern vielmehr eine qualifizierte Erbschaftsklage, eine hereditatis petitio qualificata; sie geht sowohl auf Rescission des Testamentes als auch auf Herausgabe der Erbschaft und wendet sich, gleich der hereditatis petitio, auch gegen Dritte. Diese Ansicht wird gestützt durch zahlreiche Quellenstellen.[4]

[1] Glücks Kommentar Bd. VII S. 175—176.

[2] Arndt S. 99; Dernburg S. 300; Windscheid S. 370 Anmerkung 13; und die bei Glück Bd. VII S. 361. Citirten.

[3] z. B. Brinz § 404; Vering S. 401; Puchta § 483; Vangerow § 487; Thibaut § 968; Glück VII S. 360; Mayer S. 207 Note 11 mit zahlreichen Quellenzitaten; Mühlenbruch Bd. XXXVI S. 344; Francke S. 254; Seuffert § 663.

[4] cfr. z. B. l. 20 Dig. 37,4, wo die Querel eine hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae genannt wird; ferner l. 20 Dig. 5,2 Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere

Nachdem wir so gesehen haben, dass nach der herrschenden Ansicht die querela inofficiosi testamenti eine qualifizierte hereditatis petitio ist, wenden wir uns wieder zum Streit über das Wesen der querela inofficiosae donationis.

Brinz und Glück, die den dinglichen Charakter der Querel verteidigen, stützen sich hierbei vor allem auf die Analogie mit der querela inofficiosi testamenti. An vielen Quellenstellen ist gesagt, dass die querela inofficiosae donationis nach dem Vorbild der Testamentsquerel gebildet ist.[1] Brinz und Glück, die wie oben gezeigt für die Auffassung der querela inofficiosi testamenti als eine hereditatis petitio eintreten, nehmen auf Grund dieser Analogie auch für die querela inofficiosae donationis eine dingliche Wirkung an.

Diejenigen Schrifsteller, die für den persönlichen Charakter der Querel eintreten, können in zwei Gruppen geteilt werden. Zu der ersten gehören diejenigen, welche der querela inofficiosi testamenti die Eigenschaft einer hereditatis petitio qualificata absprechen; auch sie stützen sich auf die Analogie beider Querelen und gelangen so zu der Auffassung der querela inofficiosae donationis als einer actio in personam.[2]

Die zweite Gruppe wird gebildet von denjenigen, die zwar bei der Testamentsquerel die dingliche Wirkung, bei der querela inofficiosae donationis dagegen eine

---

[1] z. B. l. 1 Cod. 3, 29 iuxcta formam super inofficioso testamento; l. 2 eod. ad similitudinem inofficiosi querelae; l. 4 eod. ad instar inofficiosi testamenti; l. 6 eod. ad exemplum inofficiosi testamenti.

[2] namentlich Windscheid § 586 und Dernburg S. 316.

nur persönliche Wirkung annehmen. Sie gelangen zu ihrer Ansicht auf Grund folgender Erwägung: Allerdings ist die querela inofficiosae donationis nach Analogie der Testamentsquerel gebildet und ihr in den meisten Beziehungen gleichgestellt; aber trotzdem finden sich — und das übersehen Glück und Brinz — erhebliche Abweichungen zwischen ihnen. So liegt vor allem eine Verschiedenheit in Folgendem: Bei der querela inofficiosi testamenti will sich der Kläger die Erbenqualität erst erstreiten, und es ist bei ihr, als einer hereditatis petitio qualificata, Voraussetzung, dass der Beklagte pro herede oder pro possessore besitzt. Bei der querela inofficiosae donationis dagegen stützt sich der Kläger darauf, dass er Erbe ist; der Beschenkte, gegen den die Klage gerichtet ist, besitzt nicht pro herede, er besitzt auch nicht pro possessore, da er die Sache auf Grund eines gültigen Rechtstitels besitzt. Bei beiden Querelen ist also die Activ- und Passivlegitimation eine völlig verschiedene, und es kann in dieser Beziehung die Analogie nicht durchgreifeu. Somit entfällt der von Glück und Brinz für die dingliche Wirkung der querela inofficiosae donationis geführte Beweis: Ein anderer Beweis kann nicht erbracht werden, inbesondere finden sich in den Quellen keine Belegstellen. Und so muss daher angenommen werden, dass die querela inofficiosae donationis, deren Ziel Rescission eines an sich gültigen Rechtsgeschäftes ist, gleich allen übrigen Rescissionsklagen eine nur persönliche Wirkung hat.

Weiterhin ist die Querel subsidiär, d. h. sie kann nur angestellt werden, wenn dem Noterben kein anderes Rechsmittel zur Verfügung steht; diese Eigentümlichkeit

beruht auf der Analogie mit der querela inofficiosi testamenti. In dieser Beziehung wird die Analogie beider Querelen nicht ausgeschlossen werden können; denn da die Quellen davon sprechen, dass sie ad instar und ad exemplum querelae inofficiosi testamenti gebildet ist, wird man von der Analogie nur abweichen dürfen, soweit besondere Gründe dafür sprechen; solche Gründe liegen indes hier nicht vor. — Die Subsidiarität der Testamentsquerel wird in der Litteratur durchgehend anerkannt und ergiebt sich namentlich aus den zwei Quellenstellen l 2 J de inofficioso testamento II, 18 und l 4 § 4 cod. 6, 28.[1] Darüber lassen aber die Quellen Zweifel, ob die Subsidiarität der querela inofficiosi testamenti eine nur bedingte ist d. h. ob sie nur dann ausgeschlossen ist, wenn sie mit einem Rechtsmittel konkurriert, das auch dem Gebiet des Noterbenrechts angehört, oder ob ihre Subsidiarität eine absolute ist d. h. ob sie auch zurücktreten muss hinter jede sonstige Klage, die nicht auf eine Verletzung des Noterbenrechts gegründet ist. Beide Ansichten haben in der Litteratur ihre Verteidiger gefunden; für die erstere tritt ein Windscheid § 585 und Bluntschli.[2] Die absolute Subsidiarität wird dagegen von der Mehrheit

[1] § 2 J II 18 ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio iure ad hereditatem venire possunt. nam qui alio iure veniunt ad totam hereditatem vel partem eius de inofficioso agere non possunt. — l 4 § 4 Cod. 6, 28 nam cum ultimum auditorium de inofficiosi querela positum est et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit.

[2] Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 158.

vertreten.[1] Demselben Streit begegnen wir naturgemäss auch inbetreff der querela inofficiosae donationis, und auch hier ist durchaus herrschende Ansicht, dass die Subsidiarität eine absolute ist.

Es frägt sich ferner, ob die Querel vererblich ist? Die Quellen schweigen über diese Frage gänzlich; es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb man in dieser Beziehung von der Analogie mit der querela inofficiosi testamenti abweichen soll, zumal beide Querelen auf einer Lieblosigkeit des Erblassers begründet und daher beide actiones vindictam spirantes sind. Über die querela inofficiosi testamenti gelten folgende Sätze: Grundsätzlich geht sie auf die Erben des ursprünglich Berechtigten nicht über. Vererblich ist sie aber, wenn derselbe schon eine bestimmte Erklärung irgend einer Art sie anstellen zu wollen abgegeben hat; diese Ausnahme von dem Grundsatz der Unvererblichkeit beruht darauf, dass durch die Präparation der Klage der Noterbe seinen Willen geäussert hat, die in der Ausschliessung von der Erbschaft liegende Kränkung zu verfolgen.[2] Von diesen allgemein geltenden Regeln führt Justinian zu Gunsten der descendentischen Erben in l 34 Cod 3, 28 eine weitere Ausnahme ein; hiernach findet Transmission des Querelrechts des zunächst berechtigten Kindes auf seine Descendenten ohne jede Vorbereitung statt. Hierbei ist aber streitig, ob dazu vorausgesetzt ist, dass das nächstberechtigte Kind

[1] Vangerow § 481, Schröder § 57, Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 36 S. 158, und vor allem Schneider, die allgemeinen subsidiären Klagen des römischen Rechts S. 442.

[2] cfr. l 6 Dig 5,2 und l 7 eod.

gestorben sein muss, bevor der testamentarische Erbe die Erbschaft angetreten hatte. Die herrschende Meinung nimmt an, dass er vor der Antretung gestorben sein müsse.[1] Dagegen glaubt Arndts S. 101 Anmerkung 106, dass die Querel transmittiert werde, auch wenn der Descendent nach dem Erbschaftsantritt durch den Testamentserben gestorben sei. Er stützt sich dabei auf die Quellenstelle l 34 Cod 3, 28; hier wird ausgeführt, dass der Enkel nur dieselben Rechte habe wie sein inzwischen verstorbener Vater, dass er mithin nur klagen könne, wenn es sein Vater konnte; die Schlussworte lauten: er kann klagen, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam vel quinquennio tacuit „scilicet post aditam hereditatem". Gegen Arndts macht Franke S. 318 und ähnlich Vangerow § 478 geltend, dass die Worte scilicet post aditam hereditatem wahrscheinlich nur ein ungeschickter Zusatz der Compilatoren seien. Ausserdem heisst es ausdrücklich in l 36 § 2b eod: in medio tamen, idest a morte quidem testatoris, ante aditam hereditatem, etsi decesserit filius, huismodi querelam, licet non se praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet.

Dieselben Sätze werden auf Grund der Analogie auch für die Vererblichkeit der querela inofficiosae donationis gelten müssen. Von Dernburg § 156 wird allerdings die unbedingte Vererblichkeit der Querel verteidigt; er folgert dies aus dem Charakter der Querel als einer Deliktsklage. Wie in § 4 dieser Abhandlung aber gezeigt werden wird, ist nach der herrschenden

[1] z. B. Glück VII S. 464; Francke S. 317; Vangerow § 478 Anm. 3.

Ansicht der dolus des Donatars gar nicht Voraussetzung für die Querel, und somit wird Dernburgs Meinung hinfällig.

§ 4. I. Voraussetzung des Ergänzungsanspruchs.

Nach bürgerlichem Gesetzbuch ist Voraussetzung des Ergänzungsanspruchs, dass der Erblasser eine einrechnungspflichtige Schenkung gemacht hat. Der Begriff der Schenkung ist hier derselbe, wie ihn § 516 und § 517 für das gesamte BGB. festgelegt hat. Hiernach ist die Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen andern bereichert in der beiderseits vereinbarten Absicht, dass die Zuwendung unentgeltlich sein soll; nach § 517 liegt eine Schenkung nicht vor wenn jemand zum Vorteile eines andern einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt. Die Schenkung kann sich hier, wie überall im BGB., in zwei Formen zeigen.

1. in der sog. Realschenkung d. h. in der unmittelbar vollzogenen Entäusserung von Vermögensgütern, und

2. in der Form des obligatorischen Schenkungsversprechens, bei dem die Vermögenszuwendung in der Begründung eines Forderungsrechtes auf die versprochene Leistung besteht. Dass diese beiden Formen der Schenkung von § 2325 getroffen werden, heben die Motive V S. 456 ausdrücklich hervor.

Es frägt sich, ob nicht etwa ausser den Schenkungen unter den Lebenden durch den § 2325 auch die

Schenkungen auf den Todesfall getroffen werden? Massgebend ist hierfür § 2301; nach ihm finden auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung; solche Schenkungsversprechen scheiden also hier aus. Anders liegt es bei einer Schenkung auf den Todesfall, bei der die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen ist; eine solche Realschenkung, deren Eigentümlichkeit darin liegt, dass sie unter der auflösenden Bedingung vorgenommen wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, wird nach dem BGB. als ein Geschäft unter Lebenden behandelt, und es bestimmt daher der § 2301 Absatz 2, dass für sie die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden sollen. Selbstverständlich wird sie daher von dem § 2325 mitumfasst.[1]

Keinen Unterschied macht es, ob die Schenkung aus dem Stamm des Vermögens genommen ist oder aus den laufenden Einkünften. Der zweite Entwurf dagegen hatte in § 2190 die Bestimmung getroffen, dass nur Schenkungen aus dem Stamm des erblasserischen Vermögens berührt werden sollen. Zur Begründung dieser Einschränkung war bei der zweiten Lesung geltend gemacht worden, dass der Pflichtteilsberechtigte nur einen Anspruch darauf habe, dass der Erblasser sein Vermögen nicht durch Schenkungen verkleinere, nicht aber darauf, dass der Erblasser

[1] cfr. Motive Bd. V S. 456.

Schenkungen nickt vornähme und dadurch sein Vermögen vermehre (cfr. Protokolle V, S. 582). Mit Recht hat das BGB. in seiner endgültigen Fassung diese Beschränkung wieder fallen gelassen, da sonst ein Erblasser, der zwar kein Vermögen, aber grosses jährliches Einkommen hat, die Pflichtteilsberechtigten zu stark schädigen könnte.

Als einrechnungspflichtige Schenkung muss auch die Begründung und Ausstattung einer Stiftung angesehen werden; denn auch hier wird das Vermögen des Schenkers verringert, ohne dass derselbe eine Gegenleistung erhalten würde. Völlig gleichgültig ist hierbei der Zweck, welcher bei der Stiftung verfolgt wird und „auch die Familienstiftung kann durch das Bestreben den Glanz des Namens und die wirtschaftliche Lage der Familie zu sichern und zu erhöhen nicht von dem Vorwurf der Lieblosigkeit gegen die nächsten Erben bewahrt werden.“ [1] Während der zweiten Lesung war der Antrag gestellt worden, in den Text des Gesetzbuchs die Bestimmung aufzunehmen: die Vorschriften der §§ 2009—2017 des Entwurfs finden entsprechende Anwendung, wenn der Erblasser sein Vermögen durch eine Stiftung vermindert hat. Es wurde darauf hingewiesen, dass ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Errichtung einer Stiftung nicht ohne weiteres einer Schenkung gleichgestellt werden könnte, da es sich bei der letzteren um einen Vertrag, bei der Stiftung dagegen um einen einseitigen Kreationsakt handelt; für die Schenkung sei ferner charakteristisch, dass der Beschenkte eine Bereicherung seines Vermögens erfahre,

[1] so Wendt, Lehrbuch der Pandekten S. 838.

während bei der Stiftung — wenigstens unmittelbar — niemals die Bereicherung einer Person eintreten würde. Die Kommission erkannte auch an, dass der Antrag gerechtfertigt sei; man hatte aber trotzdem gegen seine Annahme das Bedenken, dass er leicht die Wirkung haben könne, dass die Errichtung von Stiftungen unter Lebenden ganz unterbleiben würde, und man sprach die Erwartung aus, dass die Praxis und Wissenschaft auf dem Weg der Analogie von selbst zur Anwendung der Bestimmungen von Schenkungen auf sie gelangen würde.[1] Und thatsächlich wird auch einstimmig in der Litteratur die Stiftung als von § 2325 mitbetroffen angesehen.[2]

Unter den Begriff Schenkung im Sinne des § 2325 fallen ferner alle negotia mixta cum donatione, soweit sie eine Schenkung enthalten. Eine zutreffende Anleitung, von welchen Gesichtspunkten ausgegangen werden muss, um zu sehen, ob im einzelnen Fall ein negotium mixtum cum donatione vorliegt, findet sich in einer Reichsgerichtsentscheidung Bd. 29 S. 266: „Als gemischte Schenkung ist diejenige zu behandeln, welche mit einem entgeltlichen Geschäft verbunden ist und also neben letzterem auf den überschiessenden Wert gehen soll. Schon nach seinem objektiven Inhalt ist ein solches Geschäft gemischt: entgeltlich, soweit sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, unentgeltlich, soweit die eine die andere übersteigt.

[1] cfr. hierüber Protokolle V S. 596—598.

[2] z. B. Bingner im sächsischen Archiv Bd. VI S. 19; Schiffner S. 48; Borcherdt S. 559; Wilke, Frommhold und Kuhlenbeck in ihren Kommentaren zu § 2325.

Der Unterschied zwischen Leistung und Gegenleistung reicht aber an sich nicht aus, um dem an sich entgeltlichen Geschäft den Charakter eines gemischten zu geben. Wohl aber kann das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einen thatsächlichen Schluss auch auf die weiter erforderliche Bereicherungsabsicht der Parteien begründen. Durch diese Absicht wird der Vertrag, der, soweit Leistung und Gegenleistung sich decken, ein entgeltlicher ist, hinsichtlich des überschiessenden Betrages zur Schenkung." Ob gemäss diesen Ausführungen des Reichsgerichts im einzelnen Fall ein negotium mixtum vorliegt, ist Sache richterlicher Entscheidung. Insbesondere muss durch den Richter festgestellt werden, ob er es anstatt mit einem negotium mixtum nicht mit einem simulierten Geschäft zu thun hat, z. B. einer Schenkung, die in die Form eines Kaufes gekleidet ist; hier finden nach BGB. §117 die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung, folglich ist auch hier das Geschäft in seiner vollen Höhe dem Ergänzungsanspruch unterworfen.

Die wichtigste Form der negotia mixta cum donatione ist die Ausstattung. Für die Frage, wann eine Ausstattung als Schenkung anzusehen ist, ist der § 1624 massgebend; nach ihm gilt eine Ausstattung nur insoweit als Schenkung als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Ausstattenden entsprechende Mass übersteigt. — Auch insofern sie nicht als Schenkung erscheint, muss sie zwischen erbberechtigten Abkömmlingen nach § 2050 zur Kollation gebracht werden, und es ist also schon

durch § 2050 gesorgt, dass im Regelfall nicht ein Abkömmling auf Kosten der andern begünstigt wird. Nehmen wir aber z. B. folgenden Fall an: Ein vermöglicher Vater hat seiner Tochter als Austattung eine grösserer Summe Geldes gegeben, die seinen Vermögensverhältnissen entspricht und daher nicht als Schenkung anzusehen ist; später verarmt er jedoch, und bei seinem Tode ist der Nachlass gleich Null. Ausser der ausgestatteten Tochter sind noch andere erbberechtigte Kinder vorhanden. Nach § 2050 ist die Tochter jedenfalls zur Kollation verpflichtet d. h. sie muss sich bei Berechnung ihres Erbteils die Ausstattung anrechnen lassen; gemäss § 2056 ist sie aber nicht verpflichtet von ihrer Ausstattung wieder etwas herauszugeben. Da der Nachlass gleich Null ist, gehen die übrigen Abkömmlinge leer aus und gegen die Tochter, die die Ausstattung nach § 2056 nicht herausgeben muss, können sie den Ergänzungsanspruch nicht geltend machen, da die Ausstattung zur Zeit ihrer Vornahme sich nicht als Schenkung darstellt. — Hier scheint mir eine Lücke im BGB. zu bestehen, und ich glaube man wird die Regelung des gemeinen Rechts, welches die Bestellung einer jeden dos der Anfechtung mit Hülfe einer querela inofficiosae dotis — einer unserer querela inofficiosae donationis nachgebildeten Klage — unterwirft, ohne Rücksicht darauf ob sie als Schenkung erscheint, als gerechter bezeichnen dürfen.

Eine weitere Form der negotia mixta cum donatione ist unter Umständen ein Leibrentenvertrag, wenn nämlich die Gegenleistung des Leibrentenkäufers

zu der Höhe der Leibrente in augenscheinlichem Missverhältnis steht. Einen ausgedehnten Schutz gewährt hier das Allgemeine Landrecht, welches in I 1 § 637 bis 639 im Falle des Leibrentenkaufs dem Pflichtteilsberechtigten einen ähnlichen Anspruch giebt wie bei Schenkungen, gleichviel ob der Leibrentenkauf als ein lucratives oder oneroses Geschäft erscheint. Eine derartige Gleichstellung von Schenkung und Leibrentenkauf findet sich in den übrigen deutschen Partikularrechten nicht, und auch die Motive Bd. V. S. 450 lehnen es ab, diese Bestimmung des preussischen Rechts aufzunehmen, da sie der inneren Berechtigung entbehren.

Die Motive ziehen weiterhin in Erwägung, die für einen Erbverzicht gewährte Abfindung einer Schenkung gleichzustellen; da aber keineswegs sich jeder Erbverzicht als Schenkung darstellt, ist von einer gesetzlichen Regelung abgesehen worden; es ist also auch hier dem Richter überlassen worden, zu prüfen, ob die Abfindung für einen Erbverzicht eine reine Schenkung enthält und daher in voller Höhe dem Ergänzungsanspruch unterliegt, oder ob sie als negotium mixtum anzusehen ist und daher durch den Ergänzungsanspruch nur insoweit angegriffen werden kann, als sich Leistung und Gegenleistung nicht decken.

Der Ergänzungsanspruch nach BGB. setzt nicht voraus, dass die vom Erblasser vorgenommene Schenkung in der Absicht erfolgt sei den Anspruch der Pflichtteilsberechtigten zu verletzen; für das gemeine Recht ist es, wie noch unten näher ausgeführt werden soll, bestritten, ob eine solche fraudulose Absicht des Donatars

Voraussetzung der querela inofficiosae donationis ist. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch § 2603 bestimmt ausdrücklich, dass es auf eine solche Absicht nicht ankommt, und auch im preussichen Landrecht wird eine solche nicht gefordert. Auch Bähr in seinem Gegenentwurf hat dieses Erfordernis nicht aufgenommen, und ebenso tritt Binding[1] dafür ein, dass die blosse Verletzung des Pflichtteils genügen müsse, und dass Absichtlichkeit nicht gefordert werden dürfe. Die Gründe aus welchen schon der erste Entwurf diesen Standpunkt einnimmt, finden sich in den Motiven Bd. V S. 453 ausgeführt: „Die Aufnahme des Erfordernisses des dolus müsse in Rücksicht auf die Praktibilität des Rechts abgelehnt werden; es sei überdies nicht ersichtlich, wie der Begriff des dolus sich in befriedigender Weise bestimmen lasse. Würde verlangt werden, dass die Schenkung geschehen sei, um den Pflichtteilsberechtigten zu benachteiligen, so könnte diese Vorschrift keine Bedeutung gewinnen; denn die Absicht des Schenkers ginge stets dahin, dem Beschenkten einen Vorteil zuzuwenden, kaum aber würde je ein Schenker beabsichtigen unmittelbar die Pflichtteilberechtigten zu schädigen". Gegen diese Ausführung der Motive wendet sich Reatz[2], indem er zunächst bestreitet, dass im praktischem Leben nicht Fälle vorkämen, in welchen die Absicht des Schenkers primär darauf gerichtet sei, dem Berechtigten den Pflichtteil zu kürzen; weiterhin liesse sich der Begriff der Absichtlichkeit sehr wohl bestimmen; auch auf andern Gebieten habe sich der dolus bestimmen

[1] Binding im Archiv für civilistische Praxis Bd. 58 S. 170.
[2] Reatz in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 77.

lassen z. B. in der Konkursordnung § 24 und im Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 § 3. In demselben Sinn wie Reatz äussert sich auch Wilke;[1] und auch Mommsen in seinem Entwurf § 513 hat das Erfordernis der Absichtlichkeit aufgenommen; er will dem Pflichtteilsberechtigten zwar nicht die Beweislast aufbürden, dass die Schenkung in der Absicht vorgenommen sei das Pflichtteil zu verkürzen; dem Beklagten aber solle die Einrede offen stehen, dass die Schenkung einen andern Beweggrund gehabt habe. Trotz dieser Angriffe der Kritik hat das BGB. an der Fassung des ersten Entwurfs festgehalten und die Absichtlichkeit nicht als Voraussetzung aufgenommen.

Während das gemeine Recht davon ausgeht, dass nur donationes immodicae der Querel unterliegen d. h. Schenkungen, die so bedeutend sind, dass sie zur Zeit ihrer Vornahme den Pflichtteilsanspruch verletzen, ist es im BGB. für den Ergänzungsanspruch völlig irrelevant, ob die Schenkung gross oder noch so geringfügig ist.[2] Wie die Motive S. 453 bemerken, werden geringfügige Schenkungen meistens solche sein, welche durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt sind und deswegen, wie gleich zu zeigen sein wird, auf Grund des § 2330 schon ausscheiden.

§ 2330 bestimmt: Die Vorschriften der § 2325 bis § 2329 finden keine Anwendung auf Schenkungen,

---

[1] Wilke, in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 11 S. 1011.

[2] vgl. Reatz in den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 87, und Thur auf dem XXI. S. 106 ff.

durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Auch an andern Stellen des BGB. erfahren derartige Schenkungen eine besondere Behandlung z. B. in den §§ 814, 534. Die Motive S. 469 begründen diese Einschränkung dadurch, dass in ihnen nicht so sehr eine Freigebigkeit als die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit liegt. Das preussische Landrecht räumt in gleicher Weise derartigen Schenkungen eine Ausnahmsstellung ein, geht aber in dieser Beziehung noch weiter, indem es in Anhang 28 zu § 1113 bestimmt: „Was in § 1113 von blossen Schenkungen gesagt ist, soll auf belohnende und solche Schenkungen, bei welchen eine Bedingung zum Vorteil des Schenkers gemacht ist, nicht angewandt werden."

Aus der Fassung des § 2330 ergiebt sich, dass die in Frage stehenden Schenkungen in den § 2325 bis § 2329 völlig unberücksichtigt bleiben, dass sie also weder der Anfechtung unterliegen, noch zur Berechnung des Pflichtteils in den Nachlass eingerechnet werden. Man wird Reatz zustimmen müssen, wenn er die erstere dieser Konsequenzen, die sich aus der Fassung des § 2330 ergeben, als begründet anerkennt, die zweite dagegen als unbillig verwirft. Denn die fraglichen Schenkungen würden hinreichend geschützt sein, wenn sie der Anfechtung nicht unterliegen. Darin, dass sie zur Berechnung des Pflichtteils nicht herangezogen werden, liegt eine zu weitgehende Beeinträchtigung der Pflichtteilsberechtigten.

Eine weitere Schranke für den Ergänzungsanspruch hat das BGB. angenommen, indem es in § 2325 Abs. 3

bestimmt, dass Schenkungen unberücksichtigt bleiben sollen, wenn zur Zeit des Erbfalls 10 Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind. Der erste Entwurf hatte im Anschluss an das französische Recht eine Fristbestimmung nicht aufgenommen; die Motive Bd. V S. 453 lehnen eine solche ab, da der Pflichtteilsberechtigte nicht in der Lage sei während Lebzeiten des Erblassers sein Recht zu wahren, dass m. a. W. die Frist schon abgelaufen sein könne, wenn der Erbfall eintritt und die Pflichtteilsberechtigten von der Verkürzung ihres Pflichtteils Kenntnis erhalten. Diese Regelung des ersten Entwurfs fand in der Kritik keinen Beifall; allerdings wurde sie gebilligt von Bindig, Petersen und Endemann,[1] gegen sie aber erklärte sich u. A. auch Wilke,[2] der auch in Bezug auf die zeitliche Beschränkung eine Regelung entsprechend dem Anfechtungsgesetz vom Jahre 1879 wünschte. Ein anderer Standpunkt wurde auch bei der zweiten Lesung vertreten; hierzu bemerken die Protokolle Bd. V S. 587; „Für die Aufnahme einer Frist spräche die billige Rücksicht auf den Beschenkten, dessen Recht nicht zu lange in dem Schwebezustand gehalten werden dürfte. Es bestände aber auch ein innerer Grund für die Fristbestimmung darin, dass während einer längeren Zwischenzeit zwischen der Vornahme der Schenkung und dem Tode des Erblassers nicht nur der letztere selbst, sondern auch seine

[1] Binding im Archiv für civilistische Praxis Bd. 58 S. 170; Petersen, die Berufung zur Erbschaft S. 100; Endemann, Verhandlungen des XX. Juristentags S. 69.

[2] Wilke in Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1011—1012.

pflichtteilsberechtigten Angehörigen sich in den durch die eingetretene Vemögensminderung geschaffenen Zustand eingewöhnt hätten. Schliesslich bestünde auch bei einer kürzeren Zwischenzeit eine grössere Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Vornahme der Schenkung und dem beim Tod vorhandenen Nachlass. — Diese Vorzüge überwögen die in den Motiven S. 453 hervorgehobenen Bedenken."

Was die Länge der Frist anbetrifft, so hatte der zweite Entwurf 5 Jahre angenommen. Das Allgemeine Landrecht hatte in I 11 § 1113 eine dreijährige Frist, und an dieses anschliessend wünschte auch Mommsen in seinem Entwurf § 508 eine dreijährige Frist. Dagegen trat Bingner[1] für eine zehnjährige Frist ein; dieser Anregung folgend hat auch das BGB. in seiner endgültigen Fassung sich für 10 Jahre entschieden. Diese Fristbestimmung greift auch dann Platz, wenn der Erblasser geradezu in der Absicht den Pflichtteil zu kürzen gehandelt hat; hiergegen macht Strohal[2] das Bedenken geltend, dass durch die Geltung der Frist auch bei doloser Absicht des Schenkers der Pflichtteilsberechtigte schlechter gestellt sei als der Vertragserbe; denn nach § 2287 ist der Vertragserbe, wenn der Erblasser in der Absicht ihn zu beeinträchtigen einen Dritten beschenkt hat, nach Anfall der Erbschaft unter allen Umständen berechtigt von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Heraus-

[1] Bingner, im sächsischen Archiv Bd. 1 S. 184.

[2] Strohal, das deutsche Erbrecht nach dem BGB. 1896 S. 101.

gabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern, selbst wenn die Schenkung noch so lange Zeit zurückliegt. Strohal äussert hierzu: „als besonders stylvoll wird man dies nicht bezeichnen können.“ Hierbei übersieht Strohal, dass es sich in den §§ 2287 und 2325 um völlig verschiedene Thatbestände handelt: der Anspruch aus dem § 2287 gründet sich auf einen Vertrag, den der Vertragserbe in doloser Absicht verletzt hat; hier entspräche die Aufnahme einer Zeitgrenze nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben. Dagegen steht der Anspruch aus § 2325 dem Pflichtteilberechtigten nicht auf Grund eines Vertrages zu, sondern wird ihm aus Rücksichten der Billigkeit eingeräumt; eine Unbilligkeit gegenüber dem Beschenkten läge vor, wenn hier der Anspruch an keine Zeitgrenze gebunden wäre. Gegen dieses Bedenken Strohals wenden sich daher auch Küntzel, Böhm und Endemann;[1] dagegen tritt Hellmann[2] insoweit Strohal bei, als auch nach seiner Meinung eine Gleichstellung des Pflichtteilsberechtigten und des Vertragserben vielleicht richtig gewesen wäre, er leugnet aber, dass eine verschiedene Behandlung, wie Strohal sich ausdrückt, den Styl des Gesetzes verletze.

Die 10jährige Frist, innerhalb welcher die Schenkung vorgenommen sein muss, wird berechnet vom Augenblick der Leistung des Schenkungs-Gegenstandes an; für ihre Berechnung gelten die gewöhnlichen Regeln des § 186 ff; der Tag, an welchem die Leistung

[1] Küntzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 814; Böhm, Erbrecht S. 463; Endemann, Lehrbuch Bd. 3 S. 608 Anm. 10.

[2] Hellmann in Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 39 S. 235.

vollzogen ist, wird also gemäss § 187 Abs. 1 nicht mitgerechnet.

Eine besondere Bestimmung über den Fristbeginn gilt bei Schenkungen unter Ehegatten: hier beginnt die Frist erst mit der Auflösung der Ehe an zu laufen. Aufgelöst kann eine Ehe werden in dreifacher Form: durch Tod des einen Ehegatten, durch Scheidung und durch Schliessung einer neuen Ehe im Falle des § 1348 Abs. 2; im letzten Fall gilt die frühere Ehe als aufgelöst mit der Schliessung der neuen Ehe und von diesem Zeitpunkt an läuft die zehnjährige Frist, Im Fall der Scheidung tritt die Auflösung der Ehe mit der Rechtskraft des Urteils ein (§ 1564); hier ist also der Zeitpunkt der Rechtskraft Beginn für den Lauf der Frist. Der Grund dieser für Ehegatten getroffenen Ausnahme ist der, „dass bei Schenkungen unter Ehegatten der verschenkte Gegenstand thatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleibt; der Schenker hat also während der Ehe auch nach erfolgter Schenkung den Genuss nicht zu entbehren. Dazu kommt noch, dass gerade hier der Verdacht arglistigen Handelns besonders nahe liegt." (Protokolle V. S. 588).

§ 4. II. Voraussetzungen der querela inofficiosae donationis.

Wenn, wie in § 3 dieser Arbeit kurz angeführt, Voraussetzung der querela inofficiosae donationis ist, dass eine Verkürzung des Pflichtteils stattgefunden hat, so ist der Begriff des Pflichtteils derselbe, wie er für das gesamte materielle Noterbenrecht gilt. Daher bemisst sich im gemeinen Recht auch bei der Querel

der Pflichteil des einzelnen Noterben auf $^1/_3$ oder $^1/_2$ der gesetzlichen Erbportion, jenachdem diese in $^1/_4$ der Erbschaft besteht oder mehr. Dies ist in der Litteratur durchaus herrschende Ansicht; nur Neustetel und Zimmern[1] haben eine hiervon abweichende Theorie aufgestellt: Nach ihnen hätten diese von Justinian in Novelle 18 aufgestellten Masse der Pflichtteilsquote nur Geltung, wenn Descendenten durch Schenkungen unter Lebenden verletzt seien und daher die Querel erheben würden; für Ascendenten und Geschwister dagegen würde der Pflichtteil bei der Querel immer noch nach der alten Quart berechnet. Sie begründen ihre Ansicht folgendermassen: die Erhöhung des Pflichtteils auf $^1/_3$ resp. $^1/_2$ des gesetzlichen Erbteils, wie sie durch Novelle 18 eingeführt sei, habe ursprünglich nur Anwendung gefunden gegenüber testamentarischen Verfügungen. Erst durch Novelle 92 sei diese Massbestimmung auch ausgedehnt worden auf die Querel wegen pflichtwidriger Schenkungen, aber wie sich aus Novelle 92 de immensis donationibus in filios ergäbe, nur zu Gunsten von Descendenten; für Ascendenten und Geschwister dagegen bestände keine ähnlich ausdehnende Bestimmung, für sie habe also noch das alte Recht Geltung behalten, und demgemäss müsse ihr Pflichteil gegenüber Schenkungen noch nach der alten Quart berechnet werden.

Gegen diese in der Litteratur ganz vereinzelt dastehende Auffassung wendet sich vor allem Kritz;

[1] Neustetel u. Zimmern, römisch-rechtliche Übungen S. 76.

weiterhin wird sie bekämpft durch Windscheid, Mühlenbruch, Vangerow, Schröder und Franke.[1] Nach ihnen ist es falsch, wenn Neustetel und Zimmern behaupten, dass erst in Novelle 92 die Vergrösserung der Pflichtteilsquote auf inofficiöse Schenkungen ausgedehnt sei; vielmehr habe schon durch die Novelle 18 die neue Berechnungsart Geltung gewonnen gegenüber inofficiösen Schenkungen, und nicht nur gegenüber testamentarischen Verfügungen. Wenn dies nicht der Fall wäre, so wäre die Absicht Justinians die Lage der Pflichtteilsberechtigten zu bessern, nur unvollkommen erreicht worden. Ausserdem weist Kritz darauf hin, dass die sämtlichen im Corpus iuris vereinigten Rechtsquellen als Totalität ein- und derselben Gesetzgebung anzusehen und demnach alle Bestandteile desselben, soviel wie möglich, gleichmässig zur Anwendung zu bringen seien, was nicht geschähe, wenn man für einen Fall die älteren, und für einen andern Fall die neueren Bestimmungen über den Pflichtteil gelten liesse. —

Voraussetzung für die Erhebung der querela inofficiosae donationis ist, dass der Pflichtteilsanspruch des Noterben durch Schenkungen unter Lebenden verletzt ist. Nicht aber ist die Querel statthaft, wenn der Pflichtteil durch Vermächtnisse gekürzt ist; es ist dies eine Folge des subsidiären Charakters der Querel. Denn hier wird der Noterbe auf andere Weise geschützt: im vorjustinianeischen Recht fand der Noterbe, dessen

[1] Kritz, Ausgewählte Materien des Civilrechts S. 110; Windscheid § 586 Anm. 4; Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 36 S. 116; Vangerow § 482; Schröder S. 514; Francke S. 504.

Pflichtteilsquote zu dieser Zeit noch $^1/_4$ seiner Intestatportion betrug, mit Hüfle der Falcidischen Quart Befriedigung; im gemeinen Recht dagegen, wo seine Pflichtteilsquote auf $^1/_2$ resp. $^1/_3$ erhöht ist, wird der Noterbe hinreichend dadurch geschützt, dass der Satz gilt, dass jede letztwillige Beschwerung des Pflichtteils einfach hinfällig ist.[1]

Nicht statthaft ist unsere Querel ferner gegenüber donationes mortis causa; nur ganz vereinzelt findet sich in der Litteratur die entgegengesetzte Ansicht vertreten.[2] Es folgt dies daraus, dass nach gemeinem Recht die Schenkungen auf den Todesfall, von unwesentlichen Abweichungen abgesehen, nach Analogie der Legate behandelt werden.[3]

Die Schenkungen auf den Todesfall sind also, gleich den Legaten, soweit hinfällig, als sie einen Pflichtteilsanspruch verletzen. Der Noterbe bedarf daher hier auch keiner weiteren Rechtsbehelfe, namentlich auch nicht der Querel.

Ebenfalls findet die Querel dann keine Anwendung, wenn der Noterbe durch einen Erbeinsetzungsvertrag in seinem Pflichtteil verkürzt ist. Denn durch einen Erbeinsetzungsvertrag findet eine Gesamtnachfolge statt, „die nicht deswegen weniger Erbeseinsetzung ist, weil sie nicht in einem Testament steht“ (Windscheid § 586). Um diese auf Vertrag beruhende

[1] cfr. insbesondere l 32 Cod. 3, 28.

[2] vgl. die bei Glück Bd. VII S. 180 Citirten.

[3] cfr. l 17 Dig. 39, 6: nam cum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar optinent; cfr. ferner l 37 pr. eod.

Universalsuccession zu beseitigen, muss die querela inofficiosi testamenti angestrengt werden. Diese Ansicht wird u. A. verteidigt von Windscheid, Stobbe, Schröder, Wendt.[1] In der Praxis werden die Grundsätze der Noterbenfolge gegenüber Erbverträgen in der verschiedensten Weise angewandt; wie wenig Übereinstimmung hier herrscht, zeigt Schröder S. 500 an der Hand mehrerer Urteile. Im Widerspruch mit der richtigen, durch Windscheid und Wendt vertretenen Auffassung steht auch eine Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 11 S. 215, nach welcher gegen einen Erbeinsetzungsvertrag die querela inofficiosi testamenti nicht gegeben sein soll. —

Als Schenkung unter Lebenden, die von der Querel betroffen wird, muss dagegen die Begründung und Ausstattung einer Stiftung angesehen werden, in gleicher Weise als gegen eine solche, wie oben ausgeführt, nach BGB. der Ergänzungsanspruch gerichtet ist.[2] Bestätigt finden wir dies in einer Entscheidung des Reichsgerichts Band 5 S. 143: „mit Recht wird die Stiftung als eine eigentümliche Art der Schenkung bezeichnet."

Weiterhin können, ebenso wie im BGB., negotia mixta cum donatione mit der Querel insoweit angegriffen werden, als sie eine Schenkung enthalten. In den Quellen werden sie allerdings nicht erwähnt, aber die gesamte Litteratur billigt die Anwendung der Querel

[1] Windscheid § 586; Stobbe, deutsches Privatrecht V S. 294; Schröder S. 499; Wendt S. 838.

[2] vgl. namentlich Wendt S. 838.

auf sie.[1] Eine Besonderheit findet sich bei Glück Bd. VII. S. 193. Auch Glück nimmt an, dass negotia mixta anfechtbar sind, insofern sie eine Schenkung enthalten. Er will aber nicht hierzu unsere Querel angewandt wissen, sondern ein eigentümliches Rechtsmittel: eine actio Faviana und Calvisiana utilis. Bei Glück S. 191 heisst es: „in der Praxis" würden den Noterben diese actiones utiles gegeben; vielleicht war dies in früherer Zeit die herrschende Ansicht, die neueren Schriftsteller wenden sich alle gegen Einführung dieser analogen Klagen.[2] Als actiones directae waren die in Frage stehenden Klagen bei den Römern zu Gunsten des Patrons eingeführt worden, wenn Freigelassene bei ihren Lebzeiten durch Veräusserungen das patronatische Pflichtteilsrecht verletzten. Wie in § 2 dieser Arbeit ausgeführt, können wir diese beiden actiones als Vorläufer der querela inofficiosae donationis betrachten. Aber dafür dass sie analog angewandt werden sollten auf andere Pflichtteilsberechtigte als nur auf den Patron, beruhen sie doch auf einem zu eigenartigen Fundament.[3]

Es frägt sich nun, wann eine Schenkung als eine inofficiosa oder immodica anzusehen ist? Wie schon mehrfach hervorgehoben, sieht das gemeine Recht bei dieser Frage auf den Augenblick der Vornahme der Schenkung und lässt die Querel dann zu, wenn die

[1] z. B. Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 36 S. 133–136; Majer § 110; Windscheid § 586; Schröder S. 550; Seuffert § 664 Anm. 3; Francke S. 540—544; Vangerow § 482.

[2] vgl. auch schon die bei Glück S. 195 angeführten Gegner z. B. Cujaz.

[3] vgl. namentlich Francke S. 544.

Schenkung in diesem Augenblick eine Pflichtteilsverletzung enthält. Es ist also eine Schenkung dann nicht pflichtwidrig, wenn sie von dem zur Zeit der Vornahme der Schenkung vorhandenen Vermögen den Pflichtteil übrig lässt. Aber auch wenn eine an sich inofficiöse donatio vorliegt, bleibt doch die Querel ausgeschlossen, wenn dem Noterben ohnedies der volle Pflichtteil erhalten bleibt; dies kann auf zweifache Weise geschehen: erstens dadurch,[1] dass der Erblasser durch testamentarische Verfügungen die durch die Schenkung hervorgerufene Verletzung wieder ausgleicht, und zweitens dadurch, dass das Vermögen des Schenkers in der Zeit zwischen der Vornahme der Schenkung und seinem Tode sich vermehrt. Selbstverständlich hat der Noterbe auch von der späteren Vermögensvergrösserung das Recht auf seinen quotenmässigen Pflichtteil. Hier wird also auch das Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes in Betracht gezogen, wodurch der Grundsatz, dass bei der Frage nach der Inofficiosität einer Schenkung nur auf den Augenblick ihrer Vornahme gesehen wird, eine Einschränkung erleidet. Das von Glück[2] hierzu gebildete und seitdem in der Litteratur vielfach behandelte Beispiel ist folgendes: Ein Vater von 5 Kindern, der 8000 Thaler im Vermögen hat, verschenkt 5000. Der Pflichtteil vor der Schenkung hätte in diesem Fall die Hälfte des Vermögens betragen, also $\frac{8000}{2} = 4000$; da nun nach Abzug der Schenkung ein Vermögen von nur 3000

[1] cfr. Novelle 29 cap. 1.
[2] Glück Bd. VII S. 98.

vorhanden ist, so ist die Schenkung in Höhe von 4000 — 3000 = 1000 inofficiös. Glück fährt nun weiter fort: Erwirbt der Vater später wieder 1000, so genügt der Nachlass dem Pflichtteilsanspruch und die Querel entfällt. Hierbei übersieht aber Glück, dass dem Noterben ausser dem Pflichtteil vom ursprünglichen Vermögen auch die Quote vom neuen Erwerb gebührt, dass er also ausser 4000 noch $\frac{1000}{2} = 500$ zu fordern hat; sein voller Pflichtteilanspruch beträgt also 4500 und es bleibt ihm daher die Querel noch erhalten in Höhe von 500. Auf diesen Fehler bei Glück weisen u. A. hin Schröder, Vangerow.[1]

Eine Meinungsverschiedenheit ist entstanden für den Fall, wenn der Schenker zwar nach der Zeit der Schenkung soviel erwirbt, dass sein Vermögen zur Deckung des Pflichtteils ausreicht, der neue Erwerb aber vor seinem Tode wieder verloren geht. Arndts[2] führt aus, dass hier die Anfechtung ausgeschlossen sein müsse, denn der Grund der Verkleinerung läge nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt war, sondern in der später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, welche, wie gleich zu zeigen sein wird, nicht das Recht giebt, eine frühere Schenkung anzufechten. Man wird Arndts nicht Recht geben

[1] Schröder § 62 Anm. 27; Vangerow § 482; Francke S. 511; Arndts S. 167; Mühlenbruch Bd. 36 S. 119 ff.

[2] Arndts in Weiske's Rechtslexikon Bd. 8 S. 167.

können, „denn es ist nicht ersichtlich, warum der spätere Erwerb der früheren Schenkung die Eigenschaft einer pflichtwidrigen Liberalität dauernd benehmen soll. Vielmehr ist ein solcher späterer Erwerb nur erheblich, wenn er bewirkt, dass der Schenker bei seinem Ableben ein zur Gewährung des Pflichtteils ausreichendes Vermögen hinterlässt“ (so Schröder[1])

Umgekehrt ist der Fall möglich, dass das Vermögen in der Zeit nach Vornahme der Schenkung, anstatt sich zu vergrössern, verringert. War hier die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme an sich nicht inofficiös, und wird die Pflichtteilsverletzung herbeigeführt durch spätere zufällige Ereignisse, so fehlt der Kausalzusammenhang zwischen Schenkung und Pflichtteilsverletzung, und die Querel ist daher nicht anwendbar. War aber die Schenkung von Anfang an pflichtwidrig und tritt hier eine zufällige Verminderung des Vermögens ein, so ist die Querel natürlich gegeben.

Neben diesem Einfluss, welchen der Anspruch des Noterben durch Veränderungen im Vermögen des Erblassers erleidet, kann eine Änderung des Umfanges des Pflichtteilsanspruchs auch dadurch eintreten, dass eine Veränderung in Ansehung der pflichtteilsberechtigen Personen sich ereignet z. B. durch Wegfall eines Noterben. In dem oben angeführten Beispiel von Glück beträgt der Pflichtteil eines jeden der fünf Kinder die Hälfte der Intestatportion; stirbt aber ein Kind, so verringert sich gemäss den Grund-

[1] Schröder S. 504, ebenso Brinz § 405_{50} und Windscheid § 586 Anm. 7.

sätzen der Novelle 18 der Pflichtteil auf $^1/_3$ der gesetzlichen Erbportion, und mit Rücksicht auf diese bezüglich der Pflichtteilsquote eintretende Minderung verkleinert sich auch der Umfang der Querel. —

Keine Voraussetzung der Querel ist, dass der Pflichtteilsanspruch durch ein und dieselbe Schenkung verletzt ist. Vielmehr ist sie begründet, wenn überhaupt durch Liberalitäten vom Vermögen soviel fortgegeben ist, dass der Pflichtteilsanspruch geschmälert wird, und es ist dafür völlig irrelevant, ob die einzelnen Schenkungen an dieselbe oder an verschiedene Personen erfolgt sind. Dies wird in der Litteratur einstimmig anerkannt. Ein Streit hat sich aber erhoben über die Art der Anfechtung. Es muss zunächst unterschieden werden, ob die einzelnen Schenkungen, durch deren Summe der Pflichtteilsanspruch verletzt ist, gleichzeitig ausgeführt wurden oder zu verschiedenen Zeiten. Im ersten Fall beeinträchtigen alle Schenkungen gleichmässig den Pflichtteil, und daraus ergiebt sich, dass die Klage des Noterben gegen sämtliche Schenkungen im Verhältnis ihrer Grösse gerichtet werden muss.

Viel schwieriger gestaltet sich der zweite Fall, in welchem auch durch die Summe der Schenkungen eine Pflichtteilsverletzung stattfindet, die einzelnen Schenkungen aber zu verschiedenen Zeiten vollzogen wurden. Hier muss eine nochmalige Unterscheidung gemacht werden:

a) Ist bereits die erste Schenkung derartig hoch, dass sie eine Pflichtteilsverletzung in sich schliesst, und werden in späterer Zeit noch weitere Schenkungen gemacht, so

können auch hier alle Schenkungen gleichmässig pro rata mit der Querel angefochten werden;

b) Wie steht es aber, wenn durch die erste Schenkung allein noch keine Pflichtteilsverletzung stattfindet, sondern eine solche sich erst durch Vornahme späterer Schenkungen ergiebt? Nach der herrschenden Ansicht können nur diejenigen Schenkungen angefochten werden, bei welchen die Summe eine solche Höhe erreichte, dass eine Schmälerung des Pflichtteilsanspruchs sich ergab; dagegen sind alle diejenigen, die zeitlich früher liegen, der Querel nicht unterworfen.[1] Hierbei darf aber nicht aus dem Auge gelassen werden, dass, wenn auch die einzelnen voraufgehenden Schenkungen nicht pflichtwidrig sind und auch der Anfechtung entzogen bleiben, ihr Betrag doch zu der Summe der späteren Schenkungen hinzugerechnet wird, sobald bestimmt werden soll, ob bei den späteren Schenkungen eine Pflichtteilsverletzung vorliegt. — Eine andere Meinung wird verteidigt durch eine Reihe älterer Schriftsteller z. B. Walch, Voet; diese wollen alle Schenkungen ohne Unterschied pro rata angefochten wissen; zur Begründung ihrer Ansicht weisen sie hin auf die Analogie pflichtwidriger Vermächtnisse, wo auch alle pro rata und nicht nur die zuletzt hinterlassenen verringert würden. Mit Recht weist Francke S. 514 diese Analogie zurück, weil die Vermächtnisse alle gleichzeitig in Wirksamkeit treten, während von den zeitlich auseinanderliegenden Schenkungen jede im Moment ihrer Vornahme perfekt wird. Auch die Analogie

[1] Glück Bd. VII S. 174; Vangerow § 482; Mühlenbruch Bd. 36 S. 120; Francke S. 513.

der actiones Faviana und Calvisiana ist zur Begründung herangezogen worden, durch welche alle Rechtsgeschäfte gleichmässig angefochten werden;[1] schon an anderer Stelle dieser Arbeit ist indess die Heranziehung der Analogie des patronatischen Noterbenrechts auf das Gebiet unserer Querel als unstatthaft zurückgewiesen worden.

Völlig gleichgültig für die Inofficiosität einer Schenkung ist ferner der Umstand, dass sie viele Jahre vor dem Tode des Erblassers vorgenommsn ist; auch gegen die zeitlich weit zurückliegenden Schenkungen kann die Querel gerichtet werden. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zwischen dem gemeinen Recht und dem BGB., welches, wie oben gezeigt, eine Schenkung unberücksicht lässt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind.

Zu den bestrittensten Fragen bezüglich unserer Querel gehört die, ob die Verletzung des Pflichtteils vom Schenker beabsichtigt sein muss oder nicht? Nach der einen Ansicht muss die Absichtlichkeit vom Noterben bewiesen werden, es wäre denn, dass die Umstände, unter welchen die Schenkung erfolgte, diesen Beweis entbehrlich machten. Auf der andern Seite wird von einer grossen Zahl der Pandektisten der Standpunkt vertreten, dass zur Pflichtwidrigkeit der Zuwendung die Thatsache genügt, dass sie den Pflichtteil

[1] cfr. l 1 Dig. 38, 5 si pluribus in fraudem libertus donaverit vel pluribus mortis causa, aequaliter patronus adversus omnes in partem sibi debitam sive Faviana sive Calvisiana experietur.

verletzt, ohne dass es dabei auf die Absichtlichkeit ankäme. Es ist schwer zu entscheiden, welche Ansicht als die herrschende bezeichnet werden darf, da beide eine grosse Zahl von Anhängern haben. Für die Absichtlichkeit als Voraussetzung der Querel treten u. A. ein Brinz und Dernburg.[1] Von einigen Schriftstellern wird zum Beweis ihrer Meinung die Analogie der actio Faviana und Calvisiana herangezogen, für die es feststeht, dass sie die Absichtlichkeit der Pflichtteilsverletzung zur Voraussetzung haben.[2] Mit Recht weisen Vangerow § 482₃ und Francke S. 507 diese Analogie zurück, da, wie schon mehrfach erwähnt, das patronatische Pflichtteilsrecht auf einem zu verschiedenartigen Fundament beruht als unsere Querel. Von grösserer Bedeutung sind die als Beweis angeführten Quellenstellen; an mehreren Stellen wird ausdrücklich die Absichtlichkeit gefordert; so heisst es z. B. in l. 1 Cod. 3,29 „ad deludendam inofficiosi querelam" und in l. 8 eod. „invertendae quaestionis inofficiosi causa." Demgegenüber wird geltend gemacht, dass auf der andern Seite in einer Anzahl von Constitutionen dies Merkmal fehle und dass das Erwähnen der Absicht an den citierten Stellen nicht als Beweis herangezogen werden könne, da das blosse Erwähnen sich als eine bei Rescripten nicht hochanzuschlagende Angabe einer dem entschiedenen

[1] Brinz § 405; Dernburg S. 315, ferner von Wening S. 282; Vering S. 463; Schröder S. 515; Kritz S. 125; Mayer § 108 Anm. 4; Mühlenbruch Bd. 36 S. 74 ff.

[2] cfr. l 1 Cod. 6,5 Si in fraudem patroni libertus aliquid alienaverit, quatenus legitima pars deminuta est, revocandi tributam constat esse potestatem.

Rechtsfall angehörigen Thatsache darste le. „Aus diesen Stellen liesse sich noch nicht a contrario schliessen, dass die Kaiser anders entschieden haben würden, wenn die bösliche Absicht nicht vorhanden gewesen wäre“ (Francke S. 505). Für die Ansicht, dass Absichtlichkeit nicht verlangt werden darf, spricht auch die Analogie unserer Querel mit der querela inofficiosi testamenti, für deren Geltendmachung nur die ojektive Verletzung des Pflichtteilanspruchs Voraussetzung ist, ohne das ein dolus des Erblassers gefordert wird. Ferner spricht gegen die Absichtlichkeit als Voraussetzung auch der Umstand, dass, wie im nächsten Paragraphen darzustellen sein wird, auch ein postumus eine vor seiner Geburt erfolgte Schenkung anfechten kann, in welchem Fall von einer Arglist des Schenkers sicher nicht die Rede sein kann. — Aus diesen Gründen wird man sich der Ansicht derjenigen anschliessen müssen, die eine Arglist als Voraussetzung der querela inofficiosae donationis nicht fordern; zu ihnen gehören u. A. Windscheid und Glück.[1]

§ 5. Die zur Geltendmachung des Ergänzungsanspruchs und der Querel berechtigten Personen.

Berechtigt den Ergänzungsanspruch geltend zu machen sind alle die Personen, denen auch die Erhebung des regelmässigen Pflichtteilsanspruchs offen

[1] Windscheid § 586 Anm. 10; Glück Bd. VII S. 167; ebenso Breidenbach Bd. 27 S. 357; Arndt S. 165—167; Wächter § 327 (durch Hinweis auf Arndts), Franke S. 507; Vangerow § 482; Seuffert § 664$_5$; Thibaut § 563; Sintenis S. 638; Neustetel und Zimmern S. 66.

steht; es sind dies also nach BGB, § 2303 die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers. Zu beachten ist auch Artikel 139 des Einführungsgesetzes, auf Grund dessen die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen dem Fiskus oder einer andern juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Pflichtteilsanspruch zusteht. Der in Frage stehenden juristischen Person wird man konsequenter Weise auch den Ergänzungsanspruch zugestehen müssen, natürlich auch gemäss den landesgesetzlichen Vorschriften. Nicht pflichtteilsberechtigt sind nach BGB. also die Geschwister; schon die meisten Partikularrechte versagen ihnen das Pflichtteil z. B. das allgemeine Landrecht und der code civil, während das gemeine Recht es von der Bedingung abhängig macht, dass ihnen ein persona turpis vorgezogen ist. Ihre Ausschliessung rechtfertigt sich dadurch, dass sie nach § 1601 ff. auch nicht unterhaltsberechtigt und ebensowenig zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet sind.

Im einzelnen gelten für die Frage, wer im Sinne des § 2303 die rechtliche Stellung eines Abkömmlings, Ehegatten oder Elternteils hat, die gewöhnlichen Grundsätze des Familienrechts. Hiernach steht dem unehelichen Kind gemäss § 1705 der Pflichtteil- und Ergänzungsanspruch nur gegenüber seiner Mutter und deren Ascendenten zu; zu dem Vater steht es in keinerlei erbrechtlicher Beziehung; zu beachten ist aber § 1712, nach welchem dem Erben des unterhaltpflichtigen, unehelichen Vaters, bei dessen Tod das

Recht zusteht das Kind mit dem Betrage abzufinden, der dem Kind als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Zu § 1712 kann die Frage aufgeworfen werden, ob das uneheliche Kind, falls der Erbe seines Vaters von der ihm hier eingeräumten facultas alternativa Gebrauch macht, sich begnügen muss mit dem Pfichtteil, der aus dem blossen Nachlass berechnet ist, oder ob es die Abfindung mit dem Pflichtteil zurückweisen kann, wenn sein Pflichtteil ihm nicht in der Höhe gewährt wird, welche derselbe durch Anfechtung etwaiger Schenkungen erreichen würde. Nehmen wir z. B. folgendes Beispiel an: A. setzt durch Testament seinen Freund B. zum Erben ein; vor seinem Tod hat er an seinen Freund C. 20000 Mark verschenkt. Die Höhe des Nachlasses, den B. als Erbe erhält, beträgt 10000. Es frägt sich nun, ob B., ein uneheliches Kind des A., K. abfinden kann mit $\frac{10000}{2} = 5000$, oder ob K. die Abfindung zurückweisen kann, wenn ihm nicht ein nach § 2325 berechneter Pflichtteil gegeben wird, der hier $\frac{10000 + 20000}{2} = 15000$ betragen würde. Aus den Worten des § 1712 „mit dem Betrag, der dem Kind als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre“ muss gefolgert werden, dass K. als Abfindung 15000 verlangen kann, weil sein erhöhter Pflichtteilsanspruch 15000 betragen würde, wenn es ehelich wäre. Selbstverständlich kann K. diese 15000 mit keinem Rechtsmittel geltend machen, da ihm ja kein Pflichtteilsanspruch zusteht, und ebensowenig steht dem Erben B. irgend ein Anspruch gegen den Beschenkten

C. zu; die einzige Konsequenz ist die, dass K. die Abfindung zurückweisen kann, wenn ihm nicht 15000 gegeben werden. Dieses Resultat, nach welchem B. sich von der Verpflichtung gegen K. nicht einmal dadurch befreien kann, dass er ihm seine ganze Erbschaft - 10000 abtritt, erscheint allerdings unbefriedigend; soweit ich sehe, ist diese Frage in der Litteratur zum BGB. nicht behandelt; ich glaube aber, dass man auf Grund des Wortlautes des § 1712 zu keinem andern Ergebniss gelangen kann.

Die volle Stellung eines ehelichen Kindes und damit auch das Pflichtteilsrecht gegen den Vater und dessen Ascendenten erhält ein uneheliches Kind nach § 1719 durch die legitimatio per subsequens matrimonium. Schwächere Wirkung hat die sog. legitimatio per rescriptum principis; hier hat gemäss § 1737 die Ehelichkeitserklärung keine Wirkung für die Verwandten des Vaters; ein Pflichtteilsrecht steht also dem Kind nur gegen den Vater, nicht aber gegen dessen Ascendenten zu.

Bei der Annahme an Kindesstatt erlangt nach § 1757 das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden; hierdurch erlangt es Erb- und Pflichtteilsrecht gegenüber dem Annehmenden; notwendig ist es aber nicht, dass das angenommene Kind ein Erbrecht gegen den Annehmenden erhält, da dies durch Vertrag ausgeschlossen werden kann.

Pflichtteilberechtigt ist ferner der Ehegatte des Erblassers; dadurch unterscheidet sich das BGB. vom gemeinen Recht, in welchem nur der armen Wittwe ein ausserordentlicher Pflichtteilsanspruch gewährt wird,

und vom code civil. Dagegen räumt bereits das Allgemeine Landrecht II_1 § 631 dem Ehegatten das Pflichtteilsrecht ein.

Ausserdem sind nach BGB. die Eltern des Erblassers pflichtteilsberechtigt, nicht aber wie im gemeinen Recht die weiteren Ascendenten. Auch Mommsen in § 468 und Bähr in seinem Gegenentwurf § 1760 beschränken das Pflichtteilsrecht auf die Eltern. Wie die Motive V S. 383 ausführen, „würde der in das BGB. aufgenommene Grundsatz der Parentelerbfolge nahe legen das Pflichtteilsrecht aller Ascendenten auszuschliessen; das Pflichtteilsrecht der Grosseltern und aller weiteren Ascendenten sei deshalb zu beseitigen, weil es nicht angemessen wäre, ihnen einen Pflichtteilsanspruch zu gewähren, obschon sie nur dann gesetzliche Erben werden, wenn auch keine Geschwister oder Abkömmlinge von solchen zur Erbfolge gelangten. Auch wäre es folgerichtig den Eltern den Pflichtteil nicht zu gewähren, da auch sie nicht in erster Linie erbberechtigt sind. Gleichwohl kann das Pflichtteilsrecht den Eltern in Anerkennung der Pietätsforderung nicht versagt werden". Die moralischen Rücksichten, die dafür sprechen, den Eltern den Pflichtteil zu gewähren, führt zutreffend Schulzenstein in seinen Beiträgen zur Lehre vom Pflichtteilsrecht S. 225 aus.

Auch hier gelten für die Frage, wem die rechtliche Elternstellung im Sinne des § 2303 zukommt, die gewöhnlichen Normen des Familienrechts. Danach haben gemäss § 1719 und 1736 die Eltern ein Pflichtteilsrecht gegenüber dem legitimierten Kinde. Für ein uneheliches Kind folgt aus § 1705, dass ihm gegenüber nur

der Mutter ein Pflichtteilsrecht zusteht. Dagegen steht den Adoptiveltern gegenüber dem adoptierten Kinde weder ein gesetzliches Erbrecht, noch ein Pflichtteilsanspruch zu (§ 1759).

Während nach der jetzigen Fassung des BGB. alle Pflichtteilberechtigten auch den Ergänzungsanspruch geltend machen können, hatte der erste Entwurf § 2009 in dieser Beziehung eine Beschränkung aufgestellt: Hiernach wurde zur Begründung des Anspruchs gefordert, dass der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden und entweder bereits pflichtteilsberechtigt war oder in Folge des Wegfallens einer oder mehrerer Personen pflichtteilsberechtigt werden konnte. Der zweite Absatz des § 2009 stellte die Fiktion auf dass als bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und pflichtteilsberechtigt auch die Abkömmlinge gelten sollten, welche aus einer zur Zeit der Schenkung bereits geschlossenen gültigen Ehe des Erblassers oder von einem zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Abkömmling des Erblassers abstammen. Die Motive V S. 458 erkennen an, dass diese durch den § 2009 gebildete subjektive Beschränkung mit dem ganzen Institut des Ergänzungsanspruchs im Widerspruch steht, sie betonen aber, dass das ganze Institut vorzugsweise gerichtet sei gegen die Möglichkeit eines Missbrauchs der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers. Die Möglichkeit eines solchen Missbrauches liege erst dann vor, wenn der betreffende Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden ist. Wie sich aus den Motiven Band V S. 453 ergiebt, sollte auch diese Beschränkung des Personenkreises einen Ersatz

bieten für eine, wie wir oben gesehen haben, im ersten Entwurf nicht aufgenommene Fristbestimmung. Der zweite Absatz § 2009 wurde durch die Motive S. 459 damit begründet, dass dadurch Härten und Unbilligkeiten abgeschnitten werden sollten, und dass das Bestehen einer Ehe das künftige Vorhandensein eines Pflichtteilsberechtigten als in Aussicht stehend erscheinen lässt. Eine ganz ähnliche Einschränkung wie der erste Entwurf hat auch Mommsen in seinem Entwurf § 512 aufgenommen, und ähnlich auch Bähr § 1784. Unter der Kritik zum ersten Entwurf finden sich nur vereinzelte Stimmen, die dem § 2009 zustimmen, so führt z. B. Binding[1] aus, dass eine Schenkung unter Lebenden erst dann als pflichtwidrig und anfechtbar gelten könne, wenn sie auch wirklich schon vorhandene Pflichtteilsrechte lebender Noterben verletzt; in demselben Sinne äusserte sich auch Kipp.[2] Dagegen wenden sich gegen diese Einschränkung Gierke, Endemann, Thur und Wilke.[3] Sie wenden sich gegen die Systemmischung, die in dieser Bestimmung liegt: „Es sei ein Rückfall in den Gedankengang des gemeinen Rechts, wenn darauf gesehen werden soll, ob der vorhandene Erbe damals zur Zeit der Schenkung schon pflichtteilberechtigt war oder unter bestimmten Voraussetzungen es werden konnte. Entweder der Zeitpunkt der Schenkung entscheidet, dann muss aber

---

[1] Binding im Archiv für civilistische Praxis Bd. 58 S. 170.

[2] Kipp, auf d. Verhandlungen des XXI. Juristentags S. 122.

[3] Gierke S. 544; Endemann S. 66 in den Verhandlungen des XX., und Thur S. 111 in denjenigen des XXI. Juristentags; Wilke S. 1012.

auch das damalige Übermass der Schenkung als Grundlage angenommen werden. Oder, wie der richtige Standpunkt des BGB. ist, man geht vom Nachlass aus, dann sind die jetzt vorhandenen Pflichtteilsberechtigten unter allen Umständen die Berechtigten". (So Endemann.) Ausserdem wird durch diese Einschränkung der Grundgedanke des Ergänzungsanspruchs, der Schutz der nächsten Angehörigen, unter Umständen völlig vereitelt. Aus diesen Erwägungen heraus wurde bei der zweiten Lesung diese Beschränkung fallen gelassen und der Ergänzungsanspruch allen Pflichtteilsberechtigten ohne Unterschied zugestanden.[1]

Nach gemeinem Recht sind zur Anstellung der querela inofficiosae donationis alle die Personen berechtigt, welche auch die querela inofficiosi testamenti geltend machen können; es ist dies eine Folge der schon mehrfach hervorgehobenen Analogie beider Querelen. Dass hiernach die querela inofficiosae donationis allen Descendenten und Ascendenten zusteht, wird in der Litteratur einstimmig anerkannt; ein Streit aber herrscht darüber, ob die Querel auch den Geschwistern zugestanden werden soll, für den Fall, dass die Schenkung an eine persona turpis vorgenommen ist. Puchta und Arndts[2] verneinen dies, da die Geschwister nur ein bedingtes Noterbenrecht hätten; gegen diese beiden genannten Schriftsteller aber die herrschende Meinung,[3] die mit Recht in dieser Beziehung

---

[1] vgl. Protokolle V S. 587.

[2] Puchta § 484 Anm. f.; Arndts S. 163.

[3] Mühlenbruch in seinen Pandekten § 689; Mayer S. 296; Windscheid § 586; Seuffert § 664; Schröder § 61.

an der Analogie mit der querela inofficiosi testamenti festhalten.

Auch räumt die herrschende Lehre unsere Querel der armen Wittwe ein, wenn ihr ausserordentlicher Pflichtteilanspruch durch Verfügungen unter Lebenden verletzt ist; dagegen wird sie auch ihr nicht gegeben von Arndts und Puchta; diese Meinungsverschiedenheit steht in engem Zusammenhang mit der ebenfalls umstrittenen Frage, ob der armen Wittwe die querela inofficiosi testamenti zugestanden werden soll oder nicht; da Arndts und Puchta ihr auch diese Querel versagen, so sind sie nur konsequent, wenn sie ihr die querela inofficiosae donationis absprechen. Dagegen erscheint es als inkonsequent, wenn einzelne Schriftsteller z. B. Francke und Mühlenbruch[1] der armen Wittwe die Testamentsquerel versagen, ihr aber doch unsere Querel geben. Aber diese Inkonsequenz wird überwogen durch die Erwägung, dass es im höchsten Grad unbillig wäre, der Wittwe unsere Querel zu versagen, und daher wird man trotz dieser Bedenken der herrschenden Ansicht zustimmen müssen.

Streitig ist ferner, ob nicht in einem Fall der Schenker selbst die von ihm vorgenommene Schenkung anfechten könne, wenn ihm nämlich Kinder erst nach der Schenkung geboren würden; im engsten Zusammenhang hiermit steht die weitere Streitfrage, ob den nachgeborenen Kindern auch das Recht zustehen soll, mit der Querel Schenkungen anzugreifen, die vor ihrer Existenz vorgenommen sind? Die herrschende Lehre bejaht beide Streitfragen; die Quellenstelle, aus welcher

[1] Francke S. 484 und 503; Mühlenbruch Bd. 36 S. 56.

sich sowohl das Anfechtungsrecht des Schenkers als auch der postumi ergiebt, ist l 5 Cod. 3,29: Si totas facultates tuas per donationes vacuefecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendas inofficiosi testamenti querelas non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocunque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur. Daraus, dass nach dieser Stelle der dem postumus gebührende Pflichtteil ad patrimonium revertetur d. h. zum Vermögen des Schenkers zurückkehren wird, folgt, dass der Schenker selbst vom Beschenkten das Geschenk zurückfordern darf; diese Klage des Schenkers ist aber natürlich nicht die querela inofficiosae donationis, sondern eine gewöhnliche condictio (so Windscheid und Sintenis[1]); nur ganz vereinzelt findet sich in der Litteratur die Ansicht vertreten, dass die Klage des Schenkers unsere Querel sei.[2] Auf der andern Seite wird von einigen Pandektisten dem Schenker selbst überhaupt jedes Anfechtungsrecht abgesprochen z. B. von Glück.[3] Glück führt aus, dass, wenn der Schenker selbst in seinem Namen widerrufen würde, ihm die Einrede entgegengesetzt werden könnte, in Ansehung seiner sei die Schenkung nicht lieblos; er könne sie aber auch nicht einmal im Namen seiner

[1] Windscheid § 586; Vangerow § 482; Sintenis § 200; Makeldey § 427; Breidenbach Bd. 28 S. 37—39; Savigny Bd. IV S. 226; Schröder S. 510.

[2] Schweppe § 971; Mühlenbruch Bd. 36 S. 56; Francke S.518.

[3] Glück Bd. VII S. 167; v. Wening S. 283; Arndts S. 163; Thibaut § 563.

Noterben widerrufen, denn nur diese seien verletzt und nur ihnen komme es zu, ein ihnen zugefügtes Unrecht zu beseitigen; nun fände aber bei Lebzeiten die Querel nicht statt, was sich schon aus der Natur des Pflichtteils ergäbe, dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden könne. Der Sinn der Worte ad patrimonium tuum revertetur wäre der, dass nach dem Tode des Donatars dessen Kinder von den verschenkten Gütern mit der Querel soviel als ihr Pflichtteil beträgt, zurückverlangen dürften.

Und ebenso wird von einigen geleugnet, dass den postumi die Querel frei stände, da eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig gilt, wenn sie zur Zeit der Schenkung eine Pflichtteilsverletzung enthält, und von einer Pflichtteilsverletzung nicht die Rede sein könne, wenn der Noterbe gar nicht existiere[1]; demgegenüber hält die gemeine Meinung daran fest, dass wenn auch die in Betracht kommende Quellenstelle l. 3 Cod. 3,29 zunächst nur von einem Rückforderungsrecht des Erblassers spricht, die nachgeborenen pflichtteilsberechtigten Kinder doch nicht von der Willkür des Erblassers abhängen dürften, sondern ihnen die Querel zugestanden werden müsste; darin dass der Erblasser den Widerruf unterlässt, liegt die Verletzung des Pflichtteilsrechtes.

§ 6. Inhalt des Ergänzungsanspruches.

Wie schon in § 3 dieser Arbeit ausgeführt, stellt sich der Ergänzungsanspruch seinem Wesen nach, gleich dem regelmässigen Pflichtteilsanspruch, als ein Forderungsrecht auf eine Geldsumme dar. Es muss

[1] cfr. Vangerow § 482; Mühlenbruch Bd. 36 S. 70.

hier noch näher eingegangen werden auf die Frage, wie der Ergänzungsanspruch berechnet wird: nach § 2325 erfolgt die Berechnung in der Weise, dass der Wert des verschenkten Gegenstandes zum Nachlass hinzugerechnet wird; von diesem Gesamtbetrage bildet dann der gesetzliche Bruchteil den Betrag des ergänzten Pflichtteils, und die Summe, um welcher dieser Betrag höher ist als der aus dem vorhandenen Nachlass (ohne Schenkung) berechnete Pflichtteil, ist der vom Erben als Ergänzung zu leistende Betrag. Für den Gesamtbetrag des Pflichtteils lässt sich also die Formel aufstellen: G (Gesamtbetrag des Pflichtteils) $= \frac{S + N}{2}$, wobei S den Wert der einrechnungspflichtigen Schenkungen und N den Betrag des Nachlasses bezeichnet. Das freie Verfügungsrecht des Erblassers erstreckt sich mithin über $N - \frac{S + N}{2} = \frac{N - S}{2}$.

Es erhebt sich die Frage, mit welchem Wert die einrechnungspflichtige Schenkung bei der Berechnung in Ansatz gebracht wird? Während im gemeinen Recht nach der herrschenden Ansicht eine Schenkung mit dem Wert in Berechnung gezogen wird, den sie zur Zeit der Vornahme hatte, stellt das BGB. den Grundsatz auf, dass der Schenkungsgegenstand mit dem Wert in Ansatz kommt, den er zur Zeit des Erbfalls hat, m. a. W. die verschenkten Gegenstände werden so eingerechnet, wie wenn sie in ihrem jetzigen Zustand sich noch im Nachlass befänden. Von diesem Grundsatz macht das BGB. folgende zwei Ausnahmen:

a) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Wert zur Anrechnung, den sie zu der Zeit der Schenkung hatte, und

b) hatte eine nicht verbrauchbare Sache zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht.

In beiden Fällen entscheidet also die Zeit der Schenkung; als Zeit der Schenkung muss der Moment angesehen werden, in welchem der Beschenkte durch die Zuwendung bereichert ist; es kommt also beim obligatorischen Schenkungsversprechen nicht auf die Zeit der Begründung der Obligation an, sondern auf die Zeit, wo die versprochene Leistung wirklich bewirkt wird.[1] Dass dies auch die Meinung des Gesetzgebers war, ergiebt sich aus den Motiven Bd. 5, wo es auf S. 457 heisst: „der Zusammenhang weist darauf hin, dass der Ausdruck Schenkung im Sinne von Verschenkung gebraucht ist, also die Hingabe des Gegenstandes der Schenkung gemeint ist.“ Es wäre vielleicht besser gewesen, wenn der Gesetzgeber seine Meinung in § 2325 deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte; es wäre dann verhindert worden, dass sich eine abweichende Ansicht gebildet hätte, wie sie durch Strohal und Schiffner[2] vertreten wird, die den Augenblick der Schenkung und nicht den der Leistung entscheiden lassen wollen.

Die Ausnahme a hatte schon der erste Entwurf getroffen und ist allgemein in der Kritik als gerechtfertigt

[1] cfr. Kuhlenbeck zu § 2325; Endemann S. 610.
[2] Strohal, das deutsche Erbrecht 1901 S. 269; Schiffner S.53.

anerkannt worden; nur Brettner[1] glaubt, dass kein Bedürfnis vorläge für verbrauchbare Sachen eine derartige Ausnahme zu treffen. Dagegen fehlte noch im ersten Entwurf die zweite Ausnahme, nach der also bei unverbrauchbaren Sachen die in der Zwischenzeit eingetretenen Werterhöhungen ausser Ansatz bleiben; nach dem ersten Entwurf sollte bei nicht verbrauchbaren Sachen ausnahmslos der Wert entscheiden, den sie zur Zeit des Erbfalls haben; im Gegensatz zu dieser Regelung des Entwurfs hat schon Bähr im § 1788 Abs. 2 seines Gegenentwurfs die Ausnahme b aufgenommen; zur Begründung führt er im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3 S. 208 aus, dass er die Bestimmung des ersten Entwurfs, der nur die Zeit des Todes gelten lassen wolle, nicht für gerecht halten könne: „wenn ein vor 10 Jahren verschenktes Grundstück inzwischen einen zehnfachen Wert gewonnen hat, so ist nicht abzusehen, weshalb das Grundstück, das der Erblasser, wenn er es nicht verschenkt, vielleicht zu dem damaligen Wert verkauft hätte, jetzt zu dem erhöhten Wert in Rechnung gezogen werden soll." Die Protokolle V S. 584 sagen zur Rechtfertigung der Aufnahme b in das BGB.: „der Pflichtteilsberechtigte könne nur verlangen, dass der Erblasser solche Verfügungen unterlasse, durch welche sein Pflichtteil illusorisch gemacht würde, auf etwaige Erhöhungen des Pflichtteils habe er keinen Anspruch." Hierbei hat sich nun eine Streitfrage erhoben, mit welchem Wert ein unverbrauchbarer geschenkter Gegenstand dann in Ansatz gebracht

[1] Brettner im Archiv für bürgerliches Recht Bd. V S. 75.

werden müsse, wenn er zur Zeit des Erbfalls verringert, untergegangen oder völlig wertlos geworden ist, ob hier die Zeit des Erbfalls oder die der Schenkung entscheide? Mit der herrschenden Ansicht wird man annehmen müssen, dass hier die Zeit des Erbfalls entscheidet, gleichgültig ob die Entwertung oder Vernichtung durch Zufall oder Schuld des Beschenkten eingetreten ist, dass also bei völligem Untergang der Sache die Schenkung überhaupt nicht in Betracht gezogen wird;[1] die Gefahr, dass der Beschenkte mit dem Gegenstand also sorglos verfährt, trägt der Pflichtteilsberechtigte. Endemann[2] giebt hierzu folgende Begründung: „der Pflichtteilsberechtigte würde auch keinen Grund zur Beschwerde haben, wenn der Erblasser selbst den Gegenstand zerstört hätte; der Ergänzungsanspruch muss sich hier selbst beschränken, wenn anders nicht dem Erblasser die Pflicht zur Fürsorge und Verwaltung seines Vermögens zu Gunsten der Pflichtteilsberechtigten sein ganzes Leben auferlegt werden soll. Was aber dem Erblasser selbst gestattet ist, darf auch dem Beschenkten nicht versagt werden. Auch ihm wird vom Gesetz keine Sorgfaltspflicht den Pflichtteilsberechtigten gegenüber auferlegt.“ Eine entgegengesetzte Ansicht wird dagegen verteidigt von Schiffner und vor allem von Strohal;[3] allerdings giebt Strohal keine prinzipielle Entscheidung der Frage. Er sagt nur: „die berührten Fragen werden daher mit grosser

[1] Böhm S. 464; Frommhold, Wilke und Kuhlenbeck in ihren Kommentaren zu § 2325.

[2] Endemann S. 609 Anm. 16.

[3] Schiffner S. 53 und Strohal S. 270.

Vorsicht, nicht schematisch, sondern nur auf Grund freier Beurteilung der Sachlage zu beantworten sein", und führt zwei Beispiele an, deren Entscheidung im Sinne von Endemann allerdings bedenklich wäre. Das erste Beispiel ist folgendes: der Erblasser hat dem X ein Haus im Wert von 60000 Mark geschenkt. Kurze Zeit vor dem Erbfall begeht X rücksichtlich des hochversicherten Hauses das Delikt des Strafgesetzbuchs § 256 (sog. Versicherungsbetrug); in Folge des Brandes mindert sich der Wert des Grundstücks auf 15000, selbstverständlich erhält auch X von der Versicherungsgesellschaft nichts. Man muss Strohal zustimmen, dass bei Berechnung der Pflichtteilsergänzung es vom Standpunkt des Pflichtteilsberechtigten aus ungerecht erscheinen kann, dass der Wert des geschenkten Gegenstandes nur mit 15000 und nicht mit 60000 Mark in Berechnung gezogen wird; da aber auf der andern Seite auch die Lage des Beschenkten berücksichtigt werden muss, dem, wie Endemann ausgeführt hat, keine Sorgfaltspflicht auferlegt werden kann, wird man doch an der von der herrschenden Lehre verteidigten Ansicht festhalten müssen, die den Wert zur Zeit des Erbfalls entscheiden lässt.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Absicht des Beschenkten den geschenkten Gegenstand zu vernichten oder zu entwerten nicht den Vorsatz mitumgreifen darf, einen etwaigen Ergänzungsanspruch eines Pflichtteilsberechtigten unmöglich zu machen; denn wenn der Vorsatz des Beschenkten direkt darauf gerichtet ist, durch seine Handlungsweise den Pflichtteilsberechtigten zu schädigen, so wird man diesem den

Schutz des § 826 zustehen müssen, auf Grund dessen der Beschenkte dann schadenersatzpflichtig ist. — Ganz verschieden von dem soeben besprochenen Fall ist der Fall zu entscheiden, in dem auch der verschenkte Gegenstand sich nicht mehr im Vermögen des Beschenkten befindet, sei es dass er zerstört oder ververäussert ist, an seine Stelle aber ein Äquivalent getreten ist. Das BGB. bestimmt hier allerdings nicht ausdrücklich, wie es an vielen Stellen gethan hat, dass an die Stelle des zerstörten Gegenstandes die Surrogate treten sollten. Aus dem Schweigen des BGB. darf aber nicht gefolgert werden, dass das Surrogationsprinzip hier nicht Platz greift: hier bildet das Äquivalent die vorhandene Bereicherung, und in der Höhe des Äquivalents ist der Ergänzungsanspruch gegeben.[1]

Weiterhin hat das BGB. keine Bestimmung getroffen über die Frage, mit welchem Wert bedingte oder befristete Schenkungsversprechen in Ansatz gebracht werden. Die Motive S. 457 lehnen ausdrücklich ab hierüber spezielle Vorschriften zu geben; es ist nach ihnen selbstverständlich, dass es, falls das Schenkungsversprechen zur Zeit des Erbfalles fällig ist, auf denjenigen Wert ankommt, welchen die entsprechende Nachlassverbindlichkeit bei dem Eintritt des Erbfalls hat. Für die seltenen Fälle, in welchen das Schenkungsversprechen unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung oder Zeitbestimmung stände, sei nichts besonders vorzusehen, da die Sache dann nicht anders liegt, wie wenn bei

[1] Strohal S. 270; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. S. 384; Wilke § 2325; Endemann S. 609; Küntzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 816 u. 817.

der Feststellung des regelmässigen Pflichtteils eine bedingte oder betagte Verbindlichkeit geschätzt werden muss. Es findet also auch hier § 2313 Anwendung: Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, bleiben ausser Ansatz; sind sie von einer auflösenden Bedingung abhängig, so kommen sie als unbedingt in Ansatz. Tritt die Bedingung ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen.

In § 2326 hat das BGB. noch folgendes bestimmt: Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichtteils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist. Ist dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit der Wert des mehr Hinterlassenen reicht. Durch diesen § 2326 ist noch einmal besonders hervorgehoben, dass sich der Pflichtteilsberechtigte nicht mit der Einsetzung auf die Hälfte des Nachlasses begnügen muss, sofern einrechnungspflichtige Schenkungen vorliegen; der in diesem Paragraphen ausgedrückte Gedanke ergiebt sich aus dem Wesen des Ergänzungsanspruchs von selbst, und es wird daher auch die Aufnahme dieses § 2326 in das Gesetzbuch als überflüssig und sogar irreführend verworfen von Schiffner, Bingner und Endemann.[1] Das auch bei der zweiten Lesung seine Streichung erwogen wurde, zeigen die Protokolle V, S. 589. Dagegen glauben die Motive S. 461, dass sich seine ausdrückliche Aufnahme empfehle, damit nicht der Trugschluss

[1] Schiffner S. 53; Bingner im sächsischen Archiv Bd. I S. 183; Endemann § 133 Anm. 19.

gemacht werden könne, dass der Ergänzungsanspruch deshalb ausgeschlossen sei, weil der Pflichtteilsberechtigte infolge genügender Befriedigung den regelmässigen Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen könne. —

Auf den Ergänzungsanspruch finden im übrigen sinngemäss die Normen über den regelmässigen Pflichtteilsanspruch Anwendung; insbesondere kommen hier bei der Frage nach der Berechnung des Anspruchs die § 2305 und § 2306 in Betracht; ist dem Pflichtteilsberechtigten also ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als der unter Anrechnung der Ergänzung gebührende Pflichtteil, so kann er von den Miterben nach § 2305 den Wert des fehlenden Teiles als Pflichtteil verlangen. Ist ferner ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch Vermächtnisse oder Auflagen beschwert, so gelten nach § 2306 die Beschwerungen als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil den Wert des ergänzten Pflichtteils nicht übersteigt. Insbesondere findet auf den ergänzten Pflichtteil auch der Satz 2 des § 2306 analoge Anwendung, nach welchem die Frist, innerhalb deren der Pflichteilsberechtigte unter Umständen die Erbschaft ausschlagen kann, erst beginnt, wenn der Pflichtteilsberechtigte von den Beschwerungen Kenntnis erlangt hat. Bei analoger Anwendung dieses letzten Punktes auf den Ergänzungsanspruch glaubt Strohal S. 270, dass sich Schwierigkeiten ergeben, von welchen nicht abzusehen ist, wie sie auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes befriedigend gelöst werden können, und bildet hierzu folgendes Beispiel: Dem Pflichtteilsberechtigten ist ein Erbteil hinterlassen, welcher grösser ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, aber

mit Beschränkungen oder Beschwerungen. Dem Pflichtteilsberechtigten wird erst, nachdem er das ihm Hinterlassene bereits angenommen hat, bekannt, dass wegen einer vom Erblaseer an einen Dritten gemachten Schenkung auch noch eine Ergänzung des Pflichtteils in Frage kommt. Mit welchem Wert ist hier der vom Pflichtteilsberechtigten angenommene Erbteil zum Zweck der Berechnung der Ergänzung des Pflichteils in Ansatz zu bringen? Strohal führt zu diesem seinem Beispiel aus, dass die Tendenz des Gesetzes zweifellos dahin ginge, dass die Beschränkungen und Beschwerungen ausser Betracht zu bleiben haben und dem Pflichtteilsberechtigten der so ermittelte Betrag voll angerechnet werden müsse. Allein diese Entscheidung sei doch offenbar ganz unbillig, wenn der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der von ihm zu Gunsten der Annahme des ihm Zugewendeten gefassten Entschliessung nur den ordentlichen Pflichtteil, rücksichtlich dessen er sich ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen gedeckt sah, in Rechnung zog, davon dagegen, dass ihm auch noch ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils zustände, gar keine Ahnung hatte. Strohal glaubt, dass ein möglicher Weg zur Abhilfe darin gelegen sei, dass dem Pflichteilsberechtigten gestattet würde, die Annahme der ihm gemachten Zuwendung anzufechten. Im Anschluss an Strohal giebt Schiffner[1] in solchen Fällen wirklich ein Anfechtungsrecht. Im Gegensatz zu Strohal legt aber Küntzel[2] dar, dass die Lösung der von Strohal

[1] Schiffner S. 54.

[2] Küntzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 816.

hervorgehobenen Zweifel vorkommenden Falles der Praxis keine erheblichen Schwierigkeiten bereiten würde; namentlich wendet er sich gegen den Vorschlag Strohals dem Noterben ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums zu geben. Der Irrtum bei der Annahme des Zugewendeten müsse nach allgemeinen Regeln als Irrtum im Beweggrund aufgefasst werden und sei daher hedeutungslos; da im BGB. ein Irrtum im Beweggrund auch bei der Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft nicht beachtet würde,[1] „so habe der Gesetzgeber keine Veranlassung für die sicherlich selten vorkommenden Kombinationen Strohals eine von den allgemeinen Regeln abweichende Vorschrift über den Einfluss von Irrtum zu geben." Gegen Strohal wendet sich auch Endemann;[2] er verweist dazu auf § 2306 Abs. 2: die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt hat. „Die Ausschlagungsfrist begänne naturgemäss erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der wahren Höhe seines Pflichtteilsanspruches Kenntnis erlangt hat. Die Bedenken Strohals werden damit gegenstandslos." Ein Beweis gegen Strohal scheint mir durch diese Ausführung Endemanns nicht erbracht; denn dadurch, dass der pflichtteilsberechtigte Erbe in Strohals Beispiel die Annahme erklärt hat, kann er nach § 1943 die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, nnd es hilft ihm wenig, dass, wie Endemann ausführt, in Wirklichkeit die Frist zur Ausschlagung noch nicht begonnen hat. Ich glaube,

[1] vgl. Strohal 1901 S. 307 und Strohal 1896 S. 118.

[2] Endemann in seinem Lehrbuch Bd. III S. 610 Anm. 20.

man wird mit Küntzel insoweit Strohal recht geben müssen, dass derartig unbefriedigende Fälle in der Praxis vorkommen können, dass ihnen aber wegen ihrer vermutlichen Seltenheit kein grosses Gewicht wird beigelegt werden dürfen.

§ 7. Inhalt der Querel.

Die bestrittenste Frage inbetreff der querela inofficiosae donationis ist die, welchen Inhalt sie hat; m. a. W. die Frage, in welcher Höhe die mit unserer Querel angefochtene Schenkung rückgängig gemacht wird. Die richtige Ansicht, auf deren Begründung unten noch näher eingegangen werden soll, nimmt an, dass die Rescission nur soweit geschehe, als durch die Schenkung der Pflichtteilsanspruch beeinträchtigt worden sei. Anhänger dieser heute durchaus herrschenden Meinung sind u. A. Dernburg und Windscheid.[1]

Dieser Ansicht stehen eine Reihe anderer Theorien gegenüber, die hier nur angeführt sein sollen, ohne auf sie näher einzugehen. Eine ausführliche Darstellung aller dieser Theorien findet sich bei Glück, Francke und Breidenbach.[2]

1. Am schroffsten tritt der herrschenden Meinung die von Thomasius und Böhmer im Anschluss an

[1] Dernburg § 156; Windscheid § 586; Brinz § 405; Arndts S. 164; Glück Bd. VII S. 158—173; Kritz S. 111; Francke S. 521; Wächter § 327; Thibaut § 536; Kuhlenbeck S. 366; v. Wening § 496; Vangerow S. 292; Majer § 108; Sintenis § 200; Vering S. 414; Schröder § 64; Puchta § 484; Mühlenbruch Bd. 36 S. 97; Seuffert § 664; Makeldey § 427.

[2] Glück Bd. VII S. 158—173; Francke § 44; Breidenbach im Archiv für civilistische Praxis Bd. 27 S. 338—360.

Faber verteidigte Ansicht gegenüber, nach welcher die lieblose Schenkung in ihrem ganzen Umfang umgestossen werden soll.[1]

2. Neustetel und Zimmern stellen auf S. 78 als Resultat ihrer Untersuchung folgende Theorie auf: die Kinder eines Erblassers, welcher durch Schenkungen sein ganzes Vermögen erschöpft hat, und denen auch nichts zur Todeszeit übrig geblieben ist, können mit den übrigen Intestaterben den beschenkten Fremden alles, denjenigen, welche selbst mit ihnen ab intestato erben würden, nur soviel und zwar mit der querela inofficiosae donationis wieder abfordern, als ihre Intestatportion beträgt. Die Kinder dagegen, welche bei Lebzeiten nach Berechnung der Novelle 92 verletzt waren, welchen aber beim Tode etwas geblieben ist, haben nur mit Einrechnung des Erhaltenen eine eigentümliche Klage auf Ergänzung des halben oder drittel Anteils dessen, was ihnen ab intestato zugekommen wäre, wenn der Erblasser vor der übermässigen Schenkung gestorben sein würde.

3. Perez und Berger[2] unterscheiden, ob die Schenkung in pflichtwidriger Absicht gemacht sei oder nicht; im ersteren Fall sei die ganze Schenkung zu rescindieren, im zweiten nur usque ad legitimam.

4. Gothofredus und a Costa unterscheiden danach, ob die Schenkung an einen Noterben oder an einen heres extraneus gemacht worden sei; im letzten Fall geben sie Rescission der ganzen Schenkung, im ersteren nur bis zur Höhe des Pflichtteils.

[1] cfr. hierüber Glück Bd. VII S. 159.

[2] vgl. Glück VII S. 160.

5. Etwas näher sei eingegangen auf eine Theorie, die in der neueren Zeit verteidigt wird von Schweppe und Breidenbach,[1] und die besonders bemerkenswert dadurch ist, dass nach ihr seit Justinian das Anwendungsgebiet unserer Querel in einer Beziehung verkleinert ist. Das Resultat der Breidenbachschen Untersuchung ist folgendes: „Ist dem durch pflichtwidrige Schenkungen verletzten Noterben nichts geblieben, so kann er mit der Querel auf seine Intestatportion, sonst aber mit der actio ad supplendam legitimam auf seinen Pflichtteil klagen.“ Nach dieser Ansicht ist also, seit Justinian die actio suppletoria eingeführt hat, in dem Fall, dass dem Noterben nicht alles entzogen ist:, die querela inofficiosae donationis nicht mehr anwendbar, sondern durch die actio suppletoria ersetzt worden. Gegen diese Einführung der actio suppletoria auf das Gebiet unserer Querel wenden sich u. a. Brinz, Sintenis und Mühlenbruch,[2] da beide Klagen auf zu verschiedener Grundlage beruhen; es bestehen vielmehr auch nach Justinian die Querel und die actio ad supplendam selbständig nebeneinander.

Alle diese Theorien stützen sich hauptsächlich auf das schon im § 2 dieser Arbeit angeführte Rescript, welches in l 87 § 3 Dig. de leg. II enthalten ist; die Schlussworte dieses Rescript lauten: ratio deposcit id, quod donatum est, pro parte revocari. Auch die An-

---

[1] Schweppe § 971 und Breidenbach im Archiv für civilistische Praxis Bd. 28 S. 28 ff.

[2] Brinz S. 268 Anm. 55; Sintenis § 200; Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 36 S. 127.

hänger der herrschenden Theorie geben zu, dass hiernach Rescission der Schenkung für die ganze Intestatportion des verletzten Noterben gegeben war; sie führen aber aus, dass dieses Rescript — die einzige Stelle, an der in den Digesten unsere Querel berührt wird — nur den Anstoss zur Ausbildung der Querel gegeben habe; eine Theorie über sie sei erst durch die im Codex enthaltenen Kaiserkonstitutionen ausgebildet worden; in diesen Konstitutionen sei nun nirgends die Rede von einer Rescission bis zur Höhe der Intestatportion. Vielmehr wird nach ihnen die Schenkung nur immer soweit rescindiert, als dies notwendig ist zur Ergänzung des Pflichtteils. Vor allem ist massgebend l. 8 Cod. 3,29!: ratio deposcat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur; verlangt wird also hier eine Verminderung der Schenkung im Verhältnis der Quart, im Verhältnis also der vorjustinianeischen Pflichteilsquote; ähnlich auch l. 2 eod. ut tibi quartam debitae ab intestato portionis praestet incolumem; ebenso deutet l. 7 eod quod immoderate gestum sit revocabitur darauf hin, dass die Schenkung nur soweit rescindiert wird als sie inofficiös ist; ausschlaggebend ist Novelle 92: ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur; es sollen also jene erhalten, was ihnen dem Gesetz nach gebührt, und das, was ihnen nach dem Gesetz zusteht, ist der Pflichtteil.

Ausser diesem Beweis durch Quellen spricht gegen die weitgehende Rescission der Schenkung die Erwägung, dass Schenkungen an sich unanfechtbare Rechtsgeschäfte sind; wenn gegen sie ausnahmsweise

aus Billigkeitsrücksichten die Anfechtung zugelassen wird, so darf sie doch nur in möglichst geringem Grad zugelassen werden, und dieser geringste Betrag ist Rescission bis zum Betrag des Pflichteils; denn ein solcher reicht hin, um dem verkürzten Noterben gerecht zu werden.[1]

§ 8. Die verpflichteten Personen; insbesondere der Anspruch gegen den Beschenkten.

Im gemeinen Recht geht die Querel, entsprechend ihrem Charakter als Rescissionsklage gegen den Beschenkten; wie in § 3 der Arbeit ausgeführt, hat sie das Wesen einer persönlichen Klage und wendet sich demgemäss nur gegen den Beschenkten und dessen Gesamtnachfolger, nicht aber gegen dritte Besitzer.

Der Ergänzungsanspruch des BGB. dagegen als rechnerisch erweiterter Pflichtteilsanspruch wendet sich im Anschluss an den code civil zunächst gegen den Erben bez. die Miterben; erst in zweiter Linie wird der Beschenkte haftbar. Zur Begründung dieser Reihenfolge der Haftung führen die Motive V, S. 455 aus: „Die letztwillige Zuwendung sei ebenso ein Akt der Freigebigkeit wie die zuvor gemachte Schenkung. Da ohne die letztwillige Zuwendung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so müsse zunächst das letztwillig Zugewendete zur Gewährung oder Ergänzung des Pflichtteils dienen. Dies tritt klar hervor, wenn der Erblasser einen beliebigen Fremden zum Erben eingesetzt hat, der wohl nicht besser gestellt sein könne als der Be-

[1] vgl. Marcusen, Habilitationsschrift S. 1.

schenkte . . . Der Einwand, die Schenkung sei von Anfang an mit einer Schwäche behaftet gewesen, welches sie als enfkräftbar erscheinen lasse, nicht das Gleiche gelte von der völlig gültigen letztwilligen Zuwendung, könne nicht als zutreffend anerkannt werden. Der Zweck jenes Grundsatzes — zu verhüten, dass der Pflichtteilsberechtigte durch Schenkungen unter Lebenden nicht benachteiligt werden dürfe — trägt nicht weiter, als das Schenkungen insoweit ökonomisch rückgängig gemacht werden, als der Nachlass beim Tode des Erblassers nicht hinreiche, dem Pflichtteilsberechtigten das ihm Gebührende zu gewähren. Hat der Erblasser durch willkürliche Anordnungen den Nachlass zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten gemindert, so müssten auch diese Anordnungen zunächst fallen. Demgemäss ist davon als Regel auszugehen, dass der durch eine Erbeinsetzung benachteiligte Pflichtteilserbe sich an den eingesetzten Erben, welcher auch sonst für den Pflichtteil hafte, zu halten habe." Während diese Ordnung der Haftung als billig anerkannt wird u. A. von Kipp und Endemann,[1] wendet sich gegen dieselben namentlich Reatz;[2] er sieht hierin eine Ungerechtigkeit gegen den Erben; man müsse vielmehr den Erben und den Beschenkten in eine vollständig gleiche rechtliche Lage versetzen und sie beide gleichmässig haften lassen, aber selbstverständlich nur pro rata ihrer Empfänge; übereinstimmend mit Reatz auch Gierke,[3]. Ich glaube,

[1] Kipp in den Verhandlungen des XXI. Juristentags S. 96 ff. und Endemann auf denjenigen des XX. S. 62.

[2] Reatz ebendort S. 86 u. 87.

[3] Gierke, Entwurf S. 545.

dass das BGB. mit Recht diesem Wunsch nicht gefolgt ist; denn dadurch hätte der Ergänzungsanspruch eine vollständige Zwitternatur erhalten. Durch die gleichmässige primäre Haftung des Erben und des Beschenkten hätte er weder die rechtliche Natur der Querel als eines Anfechtungsrechtes, noch die Natur des Anspruches des französischen Rechtes als eines Pflichtteilsanspruchs. Allerdings wird man wohl auch dem Ergänzungsanspruch in der Fassung des BGB. wegen der subsidiären Haftung des Beschenkten den Vorwurf einer Zwitterbildung machen können; die subsidiäre Haftung des Beschenkten liesse sich aber nur umgehen durch eine unter Umständen völlige Ausschliessung des Anspruchs, und es erscheint daher die subsidiäre Haftung des Beschenkten, trotz des möglichen Vorwurfs, als unumgänglich.

Damit der mit dem Ergänzungsanspruch belangte Erbe nicht seinerseits in einem ihm möglicherweise zustehenden Pflichtteilsrecht geschmälert wird, giebt ihm § 2328 folgende Einrede: Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils insoweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde. Durch diese Bestimmung des § 2328 ist der zum Erben eingesetzte Pflichtteilsberechtigte viel besser gestellt als der nicht eingesetzte Noterbe: der eingesetzte Erbe nimmt seinen vollen Pflichtteil aus dem Nachlass und braucht an die übrigen Pflichtteilsberechtigten nur den Restbetrag herauszugeben; den letzteren bleibt infolgedessen nur der umständliche Weg offen sich an den Beschenkten

halten zu müssen. Im einzelnen kann diese Bestimmung unbillig wirken; dies führt Strohal S. 274 an der Hand folgenden Beispiels aus: der Nachlass eines Erblassers, der von seinem Vermögen 40000 verschenkt hat, beläuft sich auf 20000. Von zwei vorhandenen pflichtteilsberechtigten Söhnen A und B ist der erste zum Alleinerben eingesetzt, B gänzlich übergangen. B hat einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von $\frac{40000 + 20000}{4} = 15000$; A, der auch 15000 als Pflichteil zu erhalten hat, braucht von den 20000 Mk. Nachlass an den B nur 5000 herauszugeben. B ist also darauf angewiesen die ihm gebührende Ergänzung von 10000 gegen den Beschenkten geltend zu machen und trägt die Konsequenzen der Zahlungsunfähigkeit des letzteren. Nach Strohal wäre es dagegen gerechter, wenn A und B gleichmässig vom Nachlass 10000 erhielten und sich dann beide in Höhe von 5000 Mk. an den Beschenkten halten müssten. Gegen Strohal ist Endemann, der zugiebt, dass im einzelnen Fall aus § 2328 Härten resultieren können, dass aber kein Grund vorläge die Verfügungsmacht des Erblassers noch weiter zu beschränken, ähnlich auch Frommhold, Schiffner und Hellmann,[1] der glaubt, dass sich die in § 2328 getroffene Regelung im Hinblick auf das Wort beatus possidens rechtfertigen liesse; ebenso Küntzel, der in der Strohalschen Auffassung eine sonderbare Beschränkung des Verfügungsrechtes des Erblasser sieht.

Ich kann nicht einsehen, warum hier, entsprechend

[1] Endemann § 133 Anm. 24; Frommhold § 2328; Schiffner S. 55; Hellmann in Kritische Vierteljahrschrift Bd. 39 S. 236.

der Anregung Strohals, die Verfügungsfreiheit des Erblassers nicht auch hätte eingeengt werden sollen. Es läuft doch sicher der Tendenz des Gesetzes zuwider, wenn im Strohalschen Beispiel B wegen Zahlungsunfähigkeit des Beschenkten sich mit 5000 begnügen muss, während A 15000 erhält. Wenn überhaupt die Verfügungsfreiheit des Erblassers in so hohem Masse beschränkt wird, wie es durch die Zulassung des Ergänzungsanspruchs geschieht, so wäre es nur folgerichtig gewesen, dass die Beschränkung auch in § 2328 entsprechend der von Strohal gewünschten Regelung durchgeführt wäre.

Eine für den übergangenen Noterben noch viel ungünstigere Bestimmung traf der erste Entwurf in § 2013; danach stand dem als Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten eine Einrede soweit zu, dass ihm sogar sein gesetzliches Erbteil ungeschmälert blieb und nicht nur, wie jetzt im BGB., sein Pflichtteil. Bei der zweiten Lesung [1] wurde der ganze § 2013 gestrichen; man war der Meinung, „dass nicht nur Zweckmässigkeitsrücksichten, sondern auch der innere Grund, dass der Beschenkte dem Erben stets vorgehen müsse, welcher nicht selbst pflichtteilsberechtigt sei, dafür sprächen, die im Entwurf aufgestellten Beschränkungen der Haftung des Erben fallen zu lassen und diese Haftung bezüglich des ausserordentlichen Pflichtteils nicht anders zu gestalten wie für den ordentlichen Pflichtteil.“ Für den ordentlichen Pflichtteil bestimmt bereits § 2319 (im Entwurf ähnlich der § 1994): Ist

[1] cfr. Protokolle V S. 590.

einer von mehreren Erben selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er nach der Teilung die Befriedigung eines andern Pflichtteilsberechtigten insoweit verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt; es ist also durch § 2328 der jetzigen Fassung eine Gleichstellung der Einrede gegen den regelmässigen und gegen den ergänzten Pflichtteilsanspruch erfolgt.

Für die Verteilung der sog. ausserordentlichen Pflichtteilslast unter mehrere Miterben, sowie zwischen Erben und Vermächtnisnehmer, gelten dieselben Grundsätze wie für den ordentlichen Pflichtteil; in dieser Beziehung gelten also analog die §§ 2318—2324 und § 2058 ff. Hervorgehoben sei noch, dass nach § 2213 der Ergänzungsanspruch, gleich dem Pflichtteilsanspruch, nur gegen den Erben geltend gemacht werden kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht.

Nur aushülfsweise giebt das BGB., wie schon oben angedeutet, dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch gegen den Beschenkten, soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist. Die einzelnen Fälle, in welchen die Haftung des Beschenkten eintritt, seien der Übersichtlichkeit halber hier nebeneinander gestellt:

1. wenn der Pflichtteilsberechtigte alleiniger Erbe ist,

2. wenn der eingesetzte Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist, und

3. wenn der Testamentserbe infolge des ihm zustehenden Inventarrechts und der die Beschränkung der Erbenhaftung herbeiführenden Massnahmen nicht haftet.

Nach § 2329 kann der Pflichtteilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zweck der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Es unterscheidet sich hiernach seinem Wesen nach der Anspruch gegen den Beschenkten ganz wesentlich von dem Ergänzungsanspruch gegen den Erben; dieser stellt sich, wie in § 3 der Arbeit gezeigt, dar als ein kraft Gesetzes aus dem Erbfall abgeleitetes Forderungsrecht auf eine Geldsumme. Dagegen ist der Anspruch gegen den Beschenkten ein Herausgabeanspruch. Die Motive V S. 456 heben ausdrücklich hervor, dass er kein Geldanspruch sei, da es dem Beschenkten nicht zuzumuten sei, etwas herauszugeben, was er nicht bekommen habe, also Geld statt des erhaltenen Gegenstandes. Einen andern Standpunkt nimmt Bähr in seinem Gegenentwurf § 1786 ein, indem er bestimmt, der Pflichtteilsberechtigte hat einen Anspruch auf einen entsprechenden Geldbetrag wider den Beschenkten; auch Endemann[1] hält es für näher liegend, auch den Anspruch gegen den Beschenkten als eine Forderung auf Geld zu konstruieren; denn nach seiner Ansicht ist es — entgegen den Motiven — für den Beschenkten billiger, gegen ihn prinzipiell einen Anspruch auf Geld zu geben, wobei aber dem Beschenkten die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich durch Rückgabe der geschenkten Sache zu befreien.

Eingefügt in den § 2329 hat das BGB. die Worte „zum Zwecke der Befriedigung." Dies ist, wie die

[1] Endemann i. d. Verhandlungen d. XX. Juristentags S. 68.

Motive S. 467 und 468 betonen, im Anschluss an den § 1 des Anfechtungsgesetzes vom Jahre 1879 geschehen, um dadurch darauf hinzuweisen, dass auf den Anspruch die Vorschriften Anwendung finden, welche in den §§ 846 ff. der Civilprozessordnung für den Fall der Pfändung von Ansprüchen auf Herausgabe körperlicher Sachen zur Befriedigung des Gläubigers gegeben sind.

Der Anspruch gegen den Beschenkten geht, gleich dem Anspruch gegen den Erben, nur auf den zur Ergänzung des Pflichtteilsanspruches erforderlichen Betrag; es folgt dies aus den Worten des § 2329 „soweit der Erbe zur Erggänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist.“ Deutlicher hatte der erste Entwurf diesen Gedanken zum Ausdruck gebracht, wenn er in § 2016 bestimmte: „nur soweit die Herausgabe zu diesem Zwecke erforderlich ist.“ Hinsichtlich seiner Entstehung, Übertragbarkeit und Pfändbarkeit ist der Herausgabeanspruch als Pflichtteilsanspruch zu behandeln; für ihn gilt auch der § 27 der Civilprozessordnung, gemäss dem er vor dem Gericht erhoben werden kann, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat. Geltend gemacht wird er nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung; auf ihn finden also die §§ 812 ff. Anwendung. Namentlich gilt § 818 Abs. 3: die Verpflichtung zur Herausgabe ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist; nur wird man auch hier § 826 für anwendbar erklären müssen, wenn der dolus des Beschenkten beim Vernichten oder Entwerten des geschenkten Gegen-

standes darauf gerichtet war, dadurch den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten zu schmälern.

Eine Erleichterung der Haftung ist dem Beschenkten dadurch gegeben, dass ihm der Absatz 2 des § 2329 die facultas alternativa einräumt die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrages abzuwenden; diese Bestimmung fehlte noch im ersten Entwurf; für Einräumung einer solchen Erleichterung war Endemann eingetreten, nur wollte er, wie schon oben angeführt, primär den Anspruch auf Geld geben. Ein Antrag im Sinne Endemann's war bei der zweiten Lesung gestellt, aber abgelehnt worden.[1] — Ein Zeitpunkt, bis zu welchem der Beschenkte dies Recht ausüben kann, ist durch das Gesetz nicht festgelegt worden; man wird folglich annehmen müssen, dass ihm dies Recht zusteht, bis die Herausgabe wirklich vollzogen ist. Wird also die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung betrieben, so wird der Beschenkte bis zu dem Moment das Recht der Geldzahlung haben, in welchem nach § 808 der CPO. der Gerichtsvollzieher die Sache in Besitz nimmt.

Gerichtet ist der Herausgabeanspruch nur gegen den Beschenkten, eventuell gegen dessen Universalsuccessoren, aber niemals gegen dritte Besitzer m. a. W. er hat nicht den Charakter eines dinglichen, sondern den eines Forderungsrechtes. Es liegt hierin eine wesentliche Abweichung des BGB. von seinem Vorbild, dem code civil, der im Artikel 929 und 930 den Anspruch gegen jeden Dritten gerichtet sein lässt.

[1] vgl. Protokolle V. S. 592.

Namentlich ist Schultzenstein[1] für die Gestaltung des Anspruchs als eines Forderungsrechtes eingetreten.

Es muss jetzt noch auf die am Anfang dieses Paragraphen der Arbeit aufgezählten drei Fälle näher eingegangen werden, in denen eine Haftung des Beschenkten eintreten kann.

Der erste Fall, in welchem der Pflichtteilsberechtigte sich an den Beschenkten halten kann, ist der, dass der Pflichtteilsberechtigte Alleinerbe ist; er unterscheidet sich von den Fällen 2 und 3 insofern, als bei ihm naturgemäss der Anspruch von vornherein nur gegen den Beschenkten gerichtet ist, da ein Erbe, gegen den er geltend gemacht werden könnte, nicht vorhanden ist, während in den andern Fällen zuerst der Anspruch geht gegen einen Erben und erst dann gegen den Beschenkten, wenn der Erbe unter gewissen Voraussetzungen, die er einredeweis geltend machen und beweisen muss, nicht haftbar ist. Die einzige Voraussetzung des ersten Falles ist also die, dass der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Nachlass zur Deckung seines ergänzten Pflichtteils nicht ausreicht. Wenn das Nichtausreichen des Nachlasses nur auf Beschwerungen oder Belastungen beruht, so ist der § 2306 zu beachten, nach welchem die Belastungen insoweit nichtig sind, als der Nachlass die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Hier braucht der Pflichtteilsberechtigte die Vermächtnisnehmer nicht zu befriedigen und es entfällt auch sein Ergänzungsanspruch. Ist aber die ihm hinterlassene Erbschaft grösser als die

[1] vgl. Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht S. 208.

Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann er die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Wenn er aber nicht ausschlägt und die Erbschaft antritt, so muss er die Vermächtnisnehmer befriedigen und hat daher auch den Anspruch gegen den Beschenkten. Als Beispiel zu diesem Fall diene folgendes: der Nachlass beträgt 20000; einrechnungspflichtige Geschenke an X belaufen sich auf 40000. Der einzige Noterbe ist als Alleinerbe eingesetzt und mit Vermächtnissen in Höhe von 8000 belastet. Der regelmässige Pflichtteilsanspruch ist gedeckt durch 10000. Nach § 2306 werden Auflagen und Vermächtnisse nicht gerechnet, wenn der Pflichtteilsberechtigte annimmt. Die Erhöhung des Pflichtteils im Hinblick auf das Geschenk von 40000 beläuft sich auf 20000. Nach § 2326 ist dieser Ergänzungsanspruch, da dem Pflichtteilsberechtigten mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen worden ist, insoweit ausgeschlossen, wie der Wert des mehr Hinterlassenen reicht, also in Höhe von 10000. Der Pflichtteilsberechtigte kann also nur 10000 fordern.

Auch hiergegen äussert Strohal S. 273 dieselben Bedenken, welche er gegen § 2326 geltend macht, für den Fall nämlich, dass die vom Erblasser vorgenommene Schenkung dem Pflichtteilsberechtigten erst nach der Annahme der Erbschaft bekannt wird. Da wir schon oben zu § 3326 auf diese Bedenken Strohals und auf die hierzu von anderer Seite z. B. Endemann und Küntzel gemachten Ausführungen eingegangen sind, erübrigt es sich hier noch einmal darauf zurückzukommen.

Der zweite Fall, in dem die Haftung des Beschenkten eintritt, ist der, dass der Testamentserbe selbst pflichtteilsberechtigt ist. Wie schon früher behandelt, giebt ihm § 2328 das Recht die Ergänzung insoweit zu verweigern, dass ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde; insoweit hier der nicht eingesetzte Pflichtteilsberechtigte die Ergänzung nicht erlangen kann, kann er seinen Anspruch gegen den Beschenkten richten.

Der dritte Fall der subsidiären Haftung des Beschenkten liegt vor, wenn der nur beschränkt haftende Erbe wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten nicht verpflichtet ist. Dass dieser Fall durch den § 2329 mitbetroffen wird, heben die Motive V S. 467 besonders hervor: „Der Beschenkte haftet auch dann, wenn der Erbe in Folge des ihm zustehenden Inventarrechts nicht haftet, also wenn der Nachlass zur Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten nicht hinreicht; dies kann aus den Grundsätzen des Entwurfs gefolgert werden, verdient aber der Deutlichkeit wegen besonders hervorgehoben zu werden.“ In direktem Widerspruch mit den Motiven tritt Hellmann, wenn er auf S. 237 den Zweifel äussert, ob im Falle 3 eine Haftung des Beschenkten eintritt; er begründet sein Bedenken damit, dass das „beschränkte Haften für eine Verbindlichkeit“, wie es im Falle 3 Voraussetzung für den Erben ist, und das „nicht verpflichtet Sein“, wie es der § 2329 als Voraussetzung für das Nichthaften des Erben fordert, etwas ganz verschiedenes sei. Wenn diese

Auffassung Hellmanns die richtige wäre, so hätte der Gesetzgeber nur höchst unvollkommen fur den Pflichtteilsberechtigten gesorgt; gegen Hellmann wendet sich auch die gesamte übrige Litteratur.[1]

Nicht aber tritt die Haftung des Beschenkten dann ein, wenn der Erbe unbeschränkt haftet, er aber zahlungsunfähig ist; die Gefahr einer eventuellen Leistungsunfähigkeit des Erben trägt somit der Pflichtteilsberechtigte.

Es erhebt sich noch die Frage, wie die Haftung unter mehrere Beschenkte verteilt wird?

Das BGB. bestimmt hierüber in Absatz 3 des § 2329: Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist. Dieselbe Reihenfolge der Haftung hatte auch schon der erste Entwurf in § 2015, und ebenso Bähr in seinem Gegenentwurf § 1789 und Mommsen § 518 angeordnet. Zur Begründung bemerken die Motive S. 467: „die Vorschrift, dass der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten haftet und dass der später Beschenkte nur insoweit haftet, als der früher Beschenkte nicht verpflichtet ist, sind nur ein Ausfluss der dargelegten Grundsätze des Entwurfs. Wie der eingesetzte Erbe als der später Begünstigte dem Beschenkten in der Haftung vorgeht, so geht auch der später Beschenkte dem früher Beschenkten vor. Hinzutritt, dass dem Erblasser nicht wohl die Möglichkeit eröffnet werden kann, eine von ihm gemachte Schenkung dadurch der Entkräftung

[1] z. B. Cosack S. 816; Strohal S. 275; Matthias S. 437; Böhm S. 466; Frommhold § 2329; Schiffner S. 55.

auszusetzen, dass er eine weitere Schenkung macht.“ Es trifft hier das BGB. ganz dieselbe Bestimmung, welche es schon für die Rückforderung mehrerer Schenkungen nach § 582 aufgestellt hat. Bei der Berechnung der Höhe des Ergänzungsanspruchs nach § 2328 werden natürlich die sämtlichen Schenkungen unterschiedslos dem Nachlass hinzugerechnet; die Motive S. 462 erklären dies als so selbstverständlich, dass es nicht ausgesprochen zu werden brauchte.

Diese im BGB. aufgestellte Haftungsordnung findet in der Kritik vorherrschend Anerkennung; gegen dieselbe wendet sich vor allem Reatz:[1] „Sämtliche Schenkungen müssen ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Vornahme gleichmässig behandelt werden und es liegt kein stichhaltiger Grund vor, den letzten Beschenkten vor dem ersten ganz und voll haften zu lassen. Denn in rechtlicher Beziehung stehen sich die sämtlichen Beschenkten gleich; . . . . die zeitliche Priorität kann keinen Einfluss haben, weil die Zeit des Todes des Schenkers und sie allein für das Dasein einer Pflichtteilsverletzung massgebend ist. Stehen sich hiernach die mehreren Schenkungen prinzipiell gleich, so müssen sämtliche Beschenkte pro rata haften.“ Wenn man auch hierin aus den in den Motiven angeführten Gründen Reatz nicht wird beistimmen können, so muss es doch als unbillig bezeichnet werden, wenn nach dem Wortlaut des § 2329 die Haftung des früher Beschenkten nur eintritt soweit der später Beschenkte „nicht verpflichtet“ ist, also dann nicht, wenn der später

[1] Reatz auf den Verhandlungen des XX. Juristentags S. 87, und ähnlich auf denjenigen des XXI. S. 116 ff.

Beschenkte zwar verpflichtet, aber leistungsunfähig ist. Die Motive S. 467 erklären hierzu, dass dem frücer Beschenkten eine Haftung für die Insolvenz des später Beschenkten nicht wohl aufgelegt werden kann. Vom Standpunkt des Pflichtteilsberechtigten aus wäre es jedenfalls gerechter gewesen zu bestimmen, dass für die Haftung des früher Beschenkten nicht die Verpflichtung, sondern die Befriedigung seitens des später Beschenkten massgebend sein soll.[1]

§ 9. Berechnung eines Geschenkes an den Pflichtteilsberechtigten selbst.

In § 2327 giebt das BGB. Vorschriften, in welcher Weise Schenkungen, die dem Pflichtteilsberechtigten selbst vom Erblasser zugewendet sind, bei der Berechnung des Ergänzungsanspruches in Anrechnung kommen. § 2327 bestimmt: Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlass hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen. Ein nach § 2315 anzurechnendes Geschenk ist auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen.

Es sind hier demnach zwei Fälle zu scheiden:

a) Dem Pflichtteilsberechtigten ist ein Geschenk gemacht worden, bei dem der Erblasser die Anrechnung auf den Pflichtteil gemäss § 2315 nicht angeordnet hat,

[1] vgl. Kipp auf d. Verhandlungen des XXI. Juristentags S. 105; Thur eod. S. 113; Gierke Entwurf S. 545.

sei es dass er die Anrechnung ausdrücklich ausgeschlossen hat, sei es dass er durch Nichterwähnen derselben den Pflichtteilsberechtigten davon befreit hat. Wie die Motive V S. 462 besonders hervorheben, kann eine derartige Schenkung an und für sich niemals den Ergänzungsanspruch nach § 2325 begründen, es muss als selbstverständlich noch hinzukommen, dass der Erblasser ausser dieser Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten noch eine weitere Schenkung an einen Dritten gemacht hat, um derentwillen der Pflichtteilsberechtigte den Ergänzungsanspruch geltend macht. — Hier bleibt nach den Bestimmungen des § 2327 bei der Berechnung des regelmässigen Pflichtteils das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten ausser Ansatz; bei der Berechnung des Ergänzungsanspruchs aber wird das Geschenk, gleich dem an einen Dritten gemachten Geschenk, dem Nachlass hinzugerechnet und auf die Ergänzung in Ansatz gebracht.

Eine umständlichere Berechnungsart für diesen Fall hatte der erste Entwurf im § 2012 vorgesehen; gegen den Berechnungsmodus, wie ihn das BGB. in seiner jetzigen Fassung in § 2327 angeordnet hat, wendet sich Strohal S. 276. An der Hand zweier Beispiele führt er aus, dass der § 2327 zu auffallenden Ergebnissen führen kann; dass es gerechter wäre, wenn auch in diesem Fall, gleich dem sofort zu besprechenden Fall b, das Geschenk an den Pflichteilsberechtigten nicht nur bei der Berechnung der Ergänzung, sondern auch bei der Berechnung des Pflichtteils überhaupt in Ansatz gebracht würde. Strohal wünscht also eine Berechnung, wie sie Bähr in seinem Gegenentwurf

§ 1787 vorgeschlagen hat. Dabei übersieht aber Strohal, dass bei der von ihm gewünschten Berechnung die Absicht des Erblassers den Pflichtteilsberechtigten zu begünstigen, die in dem Nichtanordnen der Anrechnung zum Ausdruck gebracht ist, vereitelt würde; es wenden sich daher auch gegen den Vorschlag Strohals u. A. Küntzel, Hellmann und Endemann.[1]

b) Der zweite Fall, der zu keinem Bedenken Anlass giebt und über den in der Litteratur keine Meinungsverschiedenheiten entstanden sind, ist der, dass der Erblasser bei der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 angeordnet hat. Hier kommt gemäss § 2327 der Wert des Geschenkes zweimal in Anrechnung: zunächst wird er auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils angerechnet und zweitens wird er bei der Berechnung der Ergänzung dem Pflichtteilsberechtigten in Ansatz gebracht. Endemann S. 612 bildet hierzu folgendes Beispiel: Der Erblasser hinterlässt zwei Söhne A. und B.; dem A. hat er eine einrechnungspflichtige Schenkung von 12 gemacht; der Nachlass beträgt 48; der Pflichtteil eines jeden Sohnes beträgt also $\frac{48 + 12}{4} = 15$. Hierauf hat sich A. noch 12 anrechnen zu lassen und erhält daher aus dem Nachlass nur noch 3. Der Pflichtteilsanspruch des B. dagegen ist 15.

Zweifelhaft kann es sein, welcher von den beiden Paragraphen, § 2315 oder § 2325, massgebend ist für

[1] Küntzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 819; Hellmann in kritische Vierteljahrsschrift Bd. 39 S. 239; Endemann S. 612.

die Frage, mit welchem Wert hier das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten in Anrechnung kommt; der Unterschied liegt darin, dass nach § 2315 ausnahmslos der Wert der Zeit der Zuwendung entscheidet, während nach § 2325 unter Umständen auch der Wert zur Zeit des Erbfalles in Betracht kommt. Beide Ansichten haben ihre Vertreter gefunden; z. B. tritt Kuhlenbeck[1] dafür ein, dass § 2315 massgebend ist; der entgegengesetzten Ansicht ist jedoch Matthiass und Schiffner.[2] Man wird der letzteren beistimmen müssen, die hier § 2325 entscheiden lassen wollen; denn es ist jedenfalls natürlicher, dass bei der Berechnung der Ergänzung sowohl der Wert der Schenkung an den Dritten als auch der Wert der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten nach denselben Grundsätzen berücksichtigt wird.

Eine Meinungsverschiedenheit, die sowohl den Fall a als auch den Fall b betrifft, hat sich darüber gebildet, ob die zehnjährige Schranke, welche § 2325 Abs. 3 zieht, auch Anwendung findet auf ein Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten. Wilke[3] glaubt, dass der Pflichtteilsberechtigte sich sein Geschenk anrechnen lassen müsse, auch wenn die Schenkung länger als 10 Jahre vor dem Erbfall vorgenommen ist; er schliesst dies aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber in § 2327 die Bestimmung des § 2325 Abs. 3 nicht wiederholt habe. Die Ansicht Wilkes scheint mir unhaltbar; aus welchem Grunde sollte in dieser Beziehung ein beschenkter Pflichtteilsberechtigter schlechter gestellt sein als ein beschenkter Dritter? Ich glaube

[1] Kuhlenbeck, Kommentar § 2327.
[2] Matthiass S. 437 Anm. 23; Schiffner S. 54.
[3] Wilke, in seinem Kommentar § 2327 Anm. 1.

vielmehr, dass der Gesetzgeber die ausdrückliche Wiederholung der 10jährigen Frist in § 2327 unterlassen hat, weil er die analoge Anwendung für selbstverständlich gehalten hat.[1]

Eine besondere Bestimmung enthält der Absatz 2 des § 2327 für den Fall, dass der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist: hier sollen die Vorschriften des § 2051 Abs. 1 Anwendung finden; dieser bestimmt, dass, wenn ein Abkömmling, der als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, vor oder nach dem Erbfall wegfällt, wegen der ihm gemachten Zuwendungen der an seine Stelle tretende Abkömmling zur Ausgleichung verpflichtet ist. Durch diese Verweisung bringt das BGB. den Gedanken zum Ausdruck, dass — ähnlich wie im § 2315 für die Anrechnungspflicht von Pflichtteilsberechtigten — die Ergänzungspflicht des Pflichtteilsberechtigten auf dem Erbteil ruht, nach welchem der Pflichtteil berechnet wird. —

Bei dem ehelichen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft kann es zweifelhaft sein, welcher der Ehegatten als der Zuwendende anzusehen ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte eine Zuwendung aus dem Gesamtgut erhalten hat. Deshalb stellt das BGB. in § 2331 — parallel dem § 2054 für die Kollationspflicht — die gesetzliche Vermutung auf, dass die Zuwendung als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht gilt. Als Ausnahme von dieser Vermutung ist die weitere Praesumption aufgestellt, dass, wenn die Zuwendung aus dem Gesamtgut an einen Abkömmling erfolgt, der nur von

[1] cfr. Strohal S. 280 Nr. 3 uud Matthiass S. 437_2.

einem der Ehegatten abstammt, oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesamtgut (nach § 1465, 1538, 1549, 1483 Abs. 2) Ersatz zu leisten hat, die Zuwendung als von diesem Ehegatten gemacht gilt. Praktische Bedeutung gewinnt dieser § 2331 für die Lehre vom Ergänzungsanspruch namentlich in Hinsicht auf den § 2327, wodurch sich auch seine Behandlung an dieser Stelle der Arbeit rechtfertigt. In § 2327 ist, wie oben gezeigt, die Frage, in welcher Weise ein Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten selbst bei der Berechnung des Ergänzungsanspruchs berücksichtigt wird, verschieden behandelt, jenachdem der Erblasser bestimmt hat, ob das Geschenk auf den Pflichtteil anzurechnen sei oder nicht. Ist nun dies Geschenk aus dem Gesamtgut zugewendet worden, so kann es zweifelhaft sein, welcher der Ehegatten bestimmen dürfte, ob es zur Kollation zu bringen sei oder nicht: hier greift die Vermutung des § 2331 ein, nach welcher im Regelfall die Zuwendung als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht gilt; es kann also auch jeder Ehegatte bezüglich seiner Hälfte die Ausgleichungspflicht anordnen oder ausschliessen.

Auch nach gemeinem Recht muss der Noterbe, falls er die querela inofficiosae donationis anstrengen will gegen einen beschenkten Dritten, sich freigebige Zuwendungen anrechnen lassen, die ihn selbst zu Teil geworden sind, Dieser Satz entspricht der Billigkeit und wird auch in der Litteratur über das gemeine Recht allseitig anerkannt; „er bildet eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass sich der Erbe, was er bei Lebzeiten des Erlassers von diesem geschenkt erhalten

hat, sich in dem ihm aus dem Nachlass gebührenden und durch letztwillige Verfügungen nicht zu schmälernden Pflichtteil nicht anzurechnen lassen braucht." (So Francke S. 516). Eine Beweisstelle dafür, dass der Noterbe sich die selbst erhaltenen Schenkungen anrechnen lassen muss, bildet l 7 Cod 3,29[1] und l 6 eod.

§ 10. Die Gründe, aus welchen der Anspruch entfällt, insbesondere die Verjährung.

Die Gründe, aus welchen der Pflichteilsberechtigte den Ergänzungsanspruch nicht gsltend machen kann, sind im allgemeinen dieselben, aus welchen der regelmässige Pflichtteilsanspruch entfällt. Für die Entziehung und den Verzicht heben es die Motive S. 461 besonders hervor; der erste Entwurf hatte die allgemeine Bestimmnng, dass auf den ausserordentlichen Pflichtteilsanspruch die Grundsätze vom regelmässigen Pflichtteilsanspruch anzuwenden seien; diese Verweisung, sagen die Motive, mache entbehrlich, auszusprechen, dass der ausserordentliche Pflichtteil in derselben Weise wie der regelmässige Pflichtteil entzogen werden kann, und dass derjenige, welchem der Pflichtteil entzogen ist, auf den ausserordentlichen Pflichtteil Anspruch nicht hat. Denselben Gedanken führen die Motive S. 461 auch für den Verzicht durch. — Allerdings hat das BGB. diese im ersten Entwurf enthaltene Verweisung nicht aufgenommen; es ist aber deshalb nicht weniger selbstverständlich, dass auch im BGB. in dieser Beziehung der

[1] l 7 Cod. 3, 29 si mater tua ita patrimonium suum exhausit, ut quartae partis dimidium in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas, quod immoderate gestum sit revocabitur.

Ergänzungsanspruch und der Pflichtteilsanspruch gleichmässig zu behandeln sind

Der erste Grund, aus welchem der Ergänzungsanspruch ausgeschlossen sein kann, ist die Entziehung; auch sie kann, wie die Entziehung des Pflichtteils, gemäss § 2336 nur durch letztwillige Verfügung erfolgen und setzt einen von den in dem § 2333 aufgezählten Entziehungsgründen voraus; ferner muss dieser Grund zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung bestehen und muss in dieser angegeben werden. Ebenso wie die Entziehung des regelmässigen Pflichtteils entweder in der völligen Entziehung des Anspruchs bestehen kann, oder aber der Erblasser sich auch damit begnügen kann, den Pflichtteilsanspruch nur in seiner Höhe zu beschränken, ohne ihn ganz auszuschliessen, so kann auch beim Ergänzungsanspruch die Ausdehnung der Entziehung eine verschieden grosse sein; und zwar ergeben sich hier folgende drei Möglichkeiten:

a) Hat der Erblasser in ordnungsmässiger Weise einen Pflichtteilsberechtigten überhaupt vom Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen, so erstreckt sich die Ausschliessung natürlich auch auf den Ergänzungsanspruch.

b) Dem Erblasser steht es auch offen, dem Pflichtteilsberechtigten, dem er in gesetzlicher Weise den ganzen Pflichtteil entziehen könnte, denselben zu belassen und ihn nur von dem Ergänzungsanspruch auszuschliessen,

c) und umgekehrt kann der Erblasser den regelmässigen Pflichtteilsanspruch dem Pflichtteilsberechtigten entziehen, den Ergänzungsanspruch aber ihm belassen. — Weiterhin fällt der Ergänzungsanspruch fort, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach den Bestimmungen der

§§ 2339—2345 erbunwürdig ist; ausgeschlossen ist er ferner, wenn der Pflichtteilsberechtigte vertragsmässig auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat; dieser Erbverzichtsvertrag bedarf nach § 2348 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Absatz 2 des § 2346 bestimmt, dass der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden kann; ist durch Vertrag das gesetzliche Erbrecht überhaupt oder auch nur das Pflichtteilsrecht ausgeschlossen, so entfällt natürlich auch der Ergänzungsanspruch. Andererseits wird es auch möglich sein durch Vertrag festzusetzen, dass der Erbverzicht sich nur auf den Ergänzungsanspruch beschränkt.

Der wichtigste Grund, aus welchem der Ergänzungsanspruch nicht geltend gemacht werden kann, ist die Verjährung des Anspruchs. Massgebend ist der § 2332, nach welchem der Ergänzungsanspruch, gleich dem regelmässigen Pflichteilsanspruch, in 3 Jahren verjährt. Mit dem Setzen einer derartig kurzen Verjährungsfrist folgt das BGB. dem Vorbild der meisten Rechte; so hat z. B. das gemeine Recht, wie unten noch zu zeigen sein wird, für die querela inofficiosi testamenti und die querele inofficiosae donationis eine fünfjährige Verjährungsfrist; wie das gemeine Recht auch die meisten deutschen Partikularrechte. Eine noch kürzere Frist, nämlich 2 Jahre, hat das preussische Allgemeine Landrecht in II, 2, § 440 festgelegt. — Während die Dauer der Frist für den Ergänzungsanspruch sowohl gegen den Erben als auch gegen den Beschenkten die gleiche ist, macht der § 2332 einen Unterschied für den Beginn des Frist, jenachdem ein Ergänzungsanspruch gegen einen Erben, oder ein

solcher gegen einen Beschenkten in Frage steht: Der Ergänzungsanspruch gegen den Erben beginnt, in derselben Weise wie der regelmässige Pflichtteilsanspruch, von dem Zeitpunkt an zu verjähren, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erhalten hat. Durch diese Bestimmung bildet das BGB. in § 2332 von dem Grundsatz des § 198, nach welchem eine Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, eine Ausnahme, die sich auch an andern Stellen des Gesetzbuchs z. B. § 852, 1571 findet; sie rechtfertigt sich durch die Kürze der Frist, welche sonst leicht zu Härten führen könnte, wenn dem Pflichtteilsberechtigten die ihm widerfahrene Verletzung oder der Erbfall unbekannt sind. Mit dieser Bestimmung hat sich das BGB. in Einklang gesetzt mit dem Allgemeinen Landrecht. — Massgebend für den Beginn der Frist ist also nach § 2332 die Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung, nicht aber von der Beeinträchtigung selbst; hiergegen wendet sich Bähr[1], der es für angemessen hält, die Kenntnis der Beeinträchtigung für den Fristbeginn entscheiden zu lassen. Auch die Motive S. 426 verkennen nicht, dass sich die Bähr'sche Ansicht vertreten lasse; sie sehen aber vom Erfordernis der Kenntnis der Verletzung ab „der Einfachheit wegen und weil die Kenntnis der das Pflichtteilsrecht beeinträchtigenden Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheint, um die Veletzung zu erkennen." Neben der Kenntnis der beeinträchtigenden letztwilligen Verfügung wird man bei der Verfolgung

[1] Bähr im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3 S. 214.

des Ergänzungsanspruchs auch die Kenntnis von der beeinträchtigenden Schenkung unter Lebenden für den Fristbeginn verlangen dürfen, wenn dies auch im Gesetz nicht besonders hervorgehoben ist.[1]

Einen anderen Zeitpunkt für den Beginn der dreijährigen Frist stellt das BGB. für den Ergänzungsanspruch auf, der gegen den Beschenkten gerichtet ist. Hier beginnt die Frist mit dem Eintritt des Erfalls; unberücksichtigt bleibt hier, ob der Pflichtteilsberechtigte von der ihn beeinträchtigenden Verfügung und Schenkung Kenntnis bekommen hat oder nicht; der erste Entwurf hatte auch hier für den Fristbeginn den Zeitpunkt als massgebend festgesetzt, wo der Pflichtteilsberechtigte Kenntniss von der ihn beeinträchtigenden Verfügung erhielt.[2]

Zweifel können hierbei über den Beginn der Verjährungsfrist entstehen, wenn der Pflichtteilsanspruch der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern erst dadurch zur Entstehung gelangt, dass die vorher berechtigten Noterben ausscheiden, sei es dass sie die Erbschaft ausschlagen, sei es dass sie für erbunwürdig erklärt werden. Dem Wortlaut der § 2332 und § 2317 nach müsste man annehmen, dass auch für die entfernteren Pflichtteilsberechtigten ihr Anspruch zu verjähren beginnt mit dem Tode des Erblassers, dass also z. B. auch ihr Pflichtteilsanspruch schon verjährt ist, wenn etwa der nächstberechtigte Abkömmling 4 Jahre nach dem Tode des Erblassers für erbunwürdig erklärt

---

[1] cfr. Strohal S. 275 Anm. 13; Wilke und Frommhold in ihren Kommentaren zu § 2332.

[2] cfr. Motive V S. 460.

wird. Dieses unbillig erscheinende Resultat wird in der Litteratur in mannigfacher Weise zu umgehen versucht durch Ausführungen, die dem Wortlaut des BGB. gegenüber vielleicht etwas gekünstelt erscheinen, denen man aber aus Billigkeitsrücksichten sich wird anschliessen müssen. So führt z. B. Endemann[1] aus: „die Verjährung des Pflichtteilsanspruches der entfernteren Pflichtteilsberechtigten beginnt erst, wenn ihnen das Recht hierauf in Folge des Ausscheidens der Nächstberufenen angefallen ist und sie hiervon Kenntnis erlangt haben; Bedenken hiergegen können aus dem Wortlaut der §§ 2317 und 2332 entstehen. Da indessen sich beide Normen nur auf den Nächstberechtigten beziehen, so ist der allgemeine Grundsatz des § 198 Satz 1 anzuwenden. Der Anspruch der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern entsteht erst, wenn der Nächstberechtigte ausgeschlagen hat oder als Erbunwürdiger durch Klage entfernt ist.“ Im Resultat stimmen mit Endemann überein Frommhold und Strohal.[2]

Neben der dreijährigen Frist, welche § 2332 für die Verjährung des Pflichtteils- und Ergänzungsanspruchs festsetzt, giebt das BGB. noch eine dreissigjährige Verjährung, welche keine Rücksicht nimmt auf die Kenntnis von dem Eintritt des Erbfalls und der beeinträchtigenden Verfügung, sondern die unabhängig hiervon von dem Eintritt des Erbfalls zu laufen beginnt, eine ähnliche Bestimmung, wie das BGB. sie auch z. B. im § 852 trifft. Wie die Motive S. 426 erklären, ist diese subsidiäre Fristbestimmung eingefügt,

[1] Endemann § 129 d.

[2] Frommhold § 2332 und Strohal S. 240.

um zu verhindern, dass die Hinausschiebung des Beginns der Verjährung dazu führt, dass der Ausspruch noch fortbesteht, obschon er nach den Vorschriften über die ordentliche Verjährung bereits verjährt sein würde. Nach dem ersten Entwurf galt diese subsidiäre Frist auch für den Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten, entsprechend der Bestimmung des Entwurfs, dass auch hier die dreijährige Frist von dem Augenblick der Kenntnis der beeinträchtigenden Verfügung läuft; für das BGB. ist sie natürlich für diesen Fall überflüssig geworden, da die Verjährung des Anspruchs gegen den Beschenkten sowieso vom Erbfall an datiert.

Im übrigen finden in der Regel auf die Verjährung des Ergänzungsanspruchs die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung § 198 ff. Anwendung, namentlich die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung; hier setzt jedoch der Absatz 3 des § 2332 eine Ausnahme fest, indem er bestimmt: die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, dass die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses (vgl. § 2306 und § 2307) geltend gemacht werden können. Wie sich aus den Motiven S. 427 ergiebt, soll durch diese Vorschrift darauf hingewirkt werden, dass der Berechtigte, gegen welche die Verjährung läuft, durch die Verzögerung seiner Ausschlagung nicht die Abwicklung des Nachlassgeschäftes zu sehr hinausschiebt. Dagegen behält der § 207 Bedeutung für die Verjährung des Ergänzungsanspruchs: die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlass gehört oder sich gegen einen Nachlass

richtet, wird nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlass eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Wie Wilke[1] hervorhebt, wird die Unterbrechung des Pflichtteils- und Ergänzungsanspruchs praktisch am häufigsten gemäss § 208 stattfinden, durch Anerkenntnis des Verpflichteten im Nachlassregulierungsverfahren.

Auch die Wirkung der Verjährung ist hier die regelmässige; es ist also gemäss § 222 der Erbe bezw. der Beschenkte nach Ablauf der Frist berechtigt die Ergänzung resp. die Herausgabe zu verweigern. Insbesondere hat die Verjährung keine Wirkung für die andern Noterben, so dass nicht etwa eine Erhöhung der Pflichtteilsquote oder ein Anwachsungsrecht zu Gunsten der andern Pflichtteilsberechtigten stattfindet.[1] Mommsen hatte in seinem Entwurf § 522 eine diesbezügliche Bestimmung ausdrücklich aufgenommen: die Verjährung kommt nur denjenigen zu gut, gegen welche der Berechtigte sein Recht hätte geltend machen können, nicht aber denjenigen, welche neben ihm pflichtteilsberechtigt sind oder welche ein Pflichtteilsrecht gehabt hätten, wenn der Berechtigte vor dem Erblasser gestorben wäre.

[1] Wilke, in Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 11 S. 1002.

[2] vgl. Schiffner S. 87 und Frommhold § 2329.

§ 10. II. Endigungsgründe der Querel.

Die Gründe, aus welchen im gemeinen Recht die querela inofficiosae donationis entfalllen kann, sind dieselben, aus welchen möglicherweise die querela inofficiosi testamenti endigt; es greift auch in dieser Beziehung die Analogie beider Querelen durch.

In erster Linie kommt die Enterbung in Betracht; auch für die querela inofficiosae donationis haben naturgemäss die in Novelle 115 cap. 3 und 4 angeführten Gründe Geltung, aus welchen Ascendenten und Descendenten von der Erbschaft ausgeschlossen werden können. Die Gründe, aus welchen Geschwister enterbt werden dürfen, sind in der Novelle 115 nicht angeführt. Daher hat eine Reihe älterer Schriftsteller[1] angenommen, dass für die Ausschliessung von Geschwistern auf Grund der Novelle 22 cap. 47 nur drei gesetzliche Gründe existierten, nämlich Lebensnachstellung, Kriminalanklagen und Anschläge gegen das Vermögen des Bruders. Dagegen sind die neueren Schriftsteller darüber einig, dass bei Enterbung von Geschwistern es in jedem einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen ist über die Unwürdigkeit der Geschwister zu entscheiden.[2]

Den Beweis des Ausschliessungsgrundes hat nach der herrschenden Ansicht bei der querela inofficiosi testamenti der Testamentserbe zu führen; auf Grund der Analogie liegt bei unserer Querel dieser Beweis dem Beschenkten ob; es folgt dies auch schon aus Novelle 92 cap. 1 § 1: Nam si hoc ita se habere

[1] siehe die bei Francke S. 292 Citirten.
[2] z. B. Arndts S. 159; Dernburg § 153, Francke S. 292.

apparuerit et „approbentur ingratitudinis causae“ sint ea quae lege de ingratis posita sunt rata, nihil hac nostra legislatione minuenda.

Selbstverständlich ist ferner der Fortfall der Querel bei Erbunwürdigkeit des Noterben; aufgezählt finden sich die einzelnen Indignitätsgründe im Digestentitel 34,9 und Codextitel 6,35; ebenso selbstverständlich entfällt das Recht zur Erhebung der Querel durch Verzicht.

Weiterhin erlischt die Querel durch Verjährung, und zwar beträgt die Verjährungsfrist bei ihr, gleich wie bei der querela inofficiosi testamenti, 5 Jahre. Dass in dieser Beziehung beide Querelen analog behandelt werden sollen, wird ausdrücklich hervorgehoben in l, 9 Cod. 3,29.[1] In der Litteratur wird auch heute einstimmig anerkannt, dass die Verjährungsfrist der querela inofficiosae donationis 5 Jahre beträgt; in früherer Zeit ist ganz vereinzelt die Meinung verteidigt werden, dass sie erst in 30 Jahren erlösche; daher wendet sich gegen diese Ansicht noch ausdrücklich Glück.[2]

Ein Unterschied findet sich zwischen beiden Querelen jedoch hinsichtlich des Zeitpunktes, von welchem an die fünfjährige Frist zu laufen beginnt; bei der querela inofficiosi testamenti läuft die Verjährungsfrist erst von

[1] l 9 Cod. 3, 29 Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.

[2] Glück Bd. VII. S. 176 Anm. 65.

dem Moment an, in welchem der Erbe die Erbschaft angetreten hat;[1] dagegen beginnt das Quinquennium bei der querela inofficiosae donationis schon mit dem Tode des Erblassers, da hier die Klage gegen den Beschenkten geht, und infolgedessen von einer Antretung der Erbschaft gar keine Rede sein kann.

[1] l. 36 Cod. 3,28 illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querela ab adita hereditate currant.